المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد السادس عشر

إدارة القرآن المجلس العلمي

الفصل الثالث

في دعوى الملك المطلق في الأعيان

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: في دعوى الخارج مع ذي اليد:

١٦٧٥٩: قال محمد في «الأصل»: إذا ادعى رجل دارًا في يدي رجل آخر، وعقارًا أو منقولاً، وأقاما البينة، قضي ببينة الخارج عند علمائنا الثلاثة، والجملة في ذلك أن البينات في الأصل وضعت للإثبات، فيطلب الترجيح أولاً من حيث الإثبات، فما كان أكثر إثباتًا كانت أولى بالقبول، وبعد الاستواء في الإثبات يقع الترجيح بحكم اليد، إذا ثبت هذا فنقول: بينة الخارج في دعوى الملك المطلق أكثر إثباتًا من بينة ذي اليد؛ لأن الخارج ببينته يثبت زيادة استحقاق على ذي اليد، ولا يثبت ذو اليد مثل ذلك ببينته على الخارج؛ لأنه يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد، وذو اليد لا يستحق ببينته مثل ذلك على الخارج، إذ ليس للخارج ملك ثابت بظاهر اليد حتى يستحق ذو اليد ذلك عليه ببينته.

وتحقيق هذا الكلام أن دعوى الملك المطلق وإن كان دعوى أولية الملك من حيث الحكم حتى يستحق المدعي الأصل بالزوائد المتصلة والمنفصلة، ويرجع الباعة بعضهم على البعض كأنه نص على أولية الملك، إلا أنه يحتمل التملك من جهة صاحب اليد من حيث الحقيقة لا النص، فإنه لم ينص على أولية الملك من حيث الحقيقة، وكل واحد من البينتين أثبت أولية الملك لصاحبها، فاستويا من هذا الوجه، إلا أن الخارج ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر اليد؛ لأن الملك في العين ثابت لذي اليد بظاهر اليد، والخارج ببينته يستحق عليه ذلك؛ لأن دعواه يحتمل التمليك من جهته، وذو اليد ببينته

لا يستحق على الخارج متى ذلك، فهو معنى قولنا: بينة الخارج أكثر إثباتاً بخلاف ما إذا
وقع الدعوى في النتاج؛ لأن هناك استوت البينتان في الإثبات؛ لأن كل بينة أثبتت أولية
الملك لصاحبها، ولم يثبت استحقاقاً على الآخر باعتبار التمليك من جهته؛ لأن كل بينة
نصت على أولية الملك حيث قالت: نتجت عنده وولدت عنده، وكذلك كل واحد من
الخصمين نص على أولية الملك حيث قال: نتجت عندي وولدت عندي، وهذا لا يحتمل
التملك من جهة صاحبه، فاستويا في الإثبات، وترجحت بينة ذي اليد بحكم اليد؛ لأن
يده دليل على زيادة صدقه في دعواه بخلاف ما لو وقع الدعوى في تلقي الملك من جهة
ثالث؛ لأن هناك استوت البينتان في الإثبات والاستحقاق؛ لأن كل بينة أثبتت الملك
لبائعه، والانتقال من بائعه إلى نفسه، وترجح صاحب اليد بحكم اليد، وبخلاف ما لو
تنازعا في عبد ادعى كل واحد أنه عبده دبّره، أو أعتقه، وأقاما البينة حيث يقضى ببينة
صاحب اليد؛ لأن هناك الدعوى في الحاصل في الولاء؛ لأن العتق حاصل للعبد
بتصادقهما، وقد استوت البينتان في إثبات الولاء، وترجح بينة صاحب اليد بحكم
يده.

هذا إذا لم يذكرا تاريخاً، فأما إذا ذكرا تاريخاً، إن كان تاريخهما على السواء،
فكذا الجواب أنه يقضى للخارج منهما؛ لأن عند استوائهما في التاريخ يسقط اعتبار
التاريخ، وتبقى الدعوى في الملك المطلق، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول
أبي حنيفة: للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق إذا اجتمعا على التاريخ، فيقضى
لأسبقهما تاريخاً إن كان أسبقهما تاريخاً الخارج فلا إشكال؛ لأنهما لو كانا في التاريخ
على السواء كان يقضى للخارج، فإذا كان هو سابقاً في التاريخ كان أولى، وإن كان
أسبقهما تاريخاً ذو اليد فلأنه أثبت الملك في وقت سابق على وقت الخارج، ففي
بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث الوقت إن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق من
حيث إنه يستحق على صاحب اليد الملك الثابت له بظاهر اليد، فاستويا في الاستحقاق
من هذا الوجه، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد كما في دعوى النتاج، وعلى قول
أبي يوسف الآخر وهو قول محمد أولاً: للتاريخ عبرة في هذه الصورة، كما هو قول أبي
حنيفة، فيقضى لأسبقهما تاريخاً، وعلى قول أبي يوسف أولاً وهو قول محمد
الآخر: لا عبرة للتاريخ في هذه الصورة، فيقضى للخارج. وما ذكر محمد في باب

المدعي وأحدهما وقت قبل وقت صاحبه من قوله في هذه الصورة: إنه يقضي لأسبقهما تاريخًا، فذلك قوله الأول، أما على قوله الآخر: يقضي للخارج روى ذلك أصحاب الأمالي عن محمد

١٦٧٦٠ - وذكر في "المنتقى": رجل ادعى عبداً في يدي رجل أنه له منذ شهر، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه له منذ سنة، وذكر أن صاحب اليد أولى عند أبي يوسف، وقال محمد: المدعي أولى، وما ذكر من قول أبي يوسف قوله الآخر؛ لأن للتاريخ عبرة على قوله الآخر في دعوى الملك المطلق، فيقضي لأسبقهما تاريخًا، وهو ذو اليد، وما ذكر من قول محمد قوله الآخر أيضًا؛ لأنه لا عبرة للتاريخ على قوله الآخر، فيقضي للخارج، وجه قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد الآخر: البيان أنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الاجتماع أنه اجتمع في دعوى الملك المطلق ما يوجب باعتبار التاريخ، وما يوجب إلغاءه، أما ما يوجب إلغاءه؛ لأن دعوى مطلق الملك بمنزلة دعوى النتاج من حيث إنه دعوى أولية الملك والتاريخ في دعوى النتاج لغو حالة الاجتماع، وحالة الانفراد على ما يأتي بيانه -إن شاء الله تعالى- وأما ما يوجب اعتباره؛ لأن دعوى مطلق الملك يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى عليه بخلاف دعوى النتاج، وهذا يوجب اعتبار التاريخ كما لو ادعى التملك من جهة المدعى عليه بالشراء صريحًا، فقد اجتمع في دعوى الملك المطلق ما يوجب اعتبار التاريخ، وما يوجب إلغاءه، والعمل بهما متعذر، إذ لا يتصور أن يكون التاريخ معتبراً وغير معتبر، فلابد من اعتبار أحدهما وإلغاء الآخر، فنقول: اعتبار دعوى النتاج فيه أولى من اعتبار دعوى التملك؛ لأن دعوى النتاج في دعوى الملك المطلق ثابت من حيث الحكم حتى يستحق المدعي بالزوائد المتصلة والمنفصلة جميعًا، ويرجع الباعة بعضهم على بعض ودعوى التملك من جهة المدعى عليه في دعوى الملك المطلق غير معتبر من حيث الحكم، بل هو معتبر لترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد، فكان دعوى النتاج أثبت من دعوى التملك، فكان اعتبار دعوى النتاج أولى، وإذا اعتبرنا دعوى الملك المطلق بدعوى النتاج يلغو فيه التاريخ كما في دعوى النتاج

ولأبي حنيفة وأبي يوسف آخراً، وهو قول محمد أولاً البيان أن للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق حالة الاجتماع أنه اجتمع في دعوى مطلق الملك ما يوجب اعتبار

التاريخ ، وما يوجب إلغاءه على الوجه الذي قاله أبو يوسف آخراً ومحمد أولاً إلا أن اعتباره بدعوى التملك من جهة المدعى عليه أولى ؛ لأنا إذا اعتبرناه بدعوى التملك في حق هذا الحكم أعني به اعتبار التاريخ تبقى دعوى أولية الملك معتبراً في حق بعض الأحكام ، وهو استحقاق الزوائد ، ورجوع الباعة بعضهم على البعض ، ولو اعتبرناه بدعوى النتاج في حق هذا الحكم لا يبقى دعوى التملك معتبراً في حق حكم ما ، فكان اعتباره بدعوى التملك في حق اعتبار التاريخ ، وأنه عمل به ، وبدعوى أولية الملك من وجه أولى من اعتباره بدعوى أولية الملك ، وفيه إلغاء دعوى التملك من كل وجه ، هذا إذا أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق ، فأما إذا أرّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر ، فعلى قول أبي حنيفة يقضى للخارج ؛ لأنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الانفراد ، فيسقط اعتبار التاريخ ، ويبقى دعوى الملك المطلق ، فيقضى للخارج .

وروى بشر عن أبي حنيفة : أنه يقضى للمؤرّخ في هذه الصورة ، وهكذا روى الحسن في "المجرد" ، فهذه الرواية إشارة إلى أن التاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الانفراد يعتبر عنده ، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف : أن أبا حنيفة كان يقول بهذا القول يعني كان يعتبر التاريخ حالة الانفراد ، والصحيح من مذهبه ، والمشهور عنه أن التاريخ حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق غير معتبر .

والوجه لأبي حنيفة في ذلك : أن الذي لم يؤرّخ سابق على الذي أرّخ من وجه لاحق من وجه سابق ، من حيث إن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكماً ، فبهذا الاعتبار يكون غير المؤرّخ سابقاً على المؤرّخ ، ولاحق من حيث إن دعوى الملك المطلق يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرّخ ، فبهذا الاعتبار يكون لاحقاً ، فإذا كان غير المؤرّخ سابقاً من وجه ، ولاحقاً من وجه كان المؤرّخ أيضاً سابقاً من وجه ، ولاحقاً من وجه ، فقد استويا في السبق واللحوق ، فيجعل كأنهما ملكا معاً ، وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ ، وهذا معنى قولنا : إن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقطة الاعتبار ، بخلاف ما إذا أرّخا ، وتاريخ أحدهما أسبق حيث يقضى لأسبقهما تاريخاً عنده ؛ لأن أسبقهما تاريخاً سابق من كل وجه ، والآخر لاحق من كل وجه .

وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد أولاً للتاريخ عبرة وغير المؤرخ أسبقهما تاريخاً معنى؛ لأنه يدعي أولية الملك، فيقضى لغير المؤرخ، وعلى قول محمد الآخر، وهو قول أبي يوسف أولاً لا عبرة للتاريخ، فيسقط اعتبار التاريخ ويقضى للخارج.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٦٧٦١ - إذا ادعى الخارج مع ذي اليد في دعوى الملك المطلق فعلاً، صورته ما ذكر في آخر دعوى الأصل: إذا ادعى الخارج أنه عبده كاتبه على ألف درهم، وأقام على ذلك بينته، وأقام ذو اليد بينة أنه عبده كاتبه على ألف درهم، قال: جعلته مكاتباً بينهما يؤدي إليهما جميعاً؛ لأن كل واحد منهما لما ادعى الكتابة، فقد تصادقا على أنه لا يد لواحد منهما عليه، وأنه في يد نفسه، فصار مسألتنا عبد في يد ثالثة يتنازع فيه اثنان، ويدعي كل واحد أنه عبده كاتبه، ولو كان هكذا يقضى بالملك بينهما، ويكون مكاتباً لهما، كذا هنا.

ولو ادعى أحدهما أنه دبره وهو يملكه، وأقام على ذلك بينة، وادعى الآخر أنه كاتبه وهو يملكه كانت بينة التدبير أولى؛ لأن التدبير يوجب الحرية للحال، وإنه لا يحتمل الفسخ، والكتابة لا توجب الحرية للحال، وإنما تحتمل الفسخ، فكان التدبير أولى، وكان بينته أكثر إثباتاً.

ومما يتصل بهذا النوع أيضاً:

١٦٧٦٢ - إذا ادعى الخارج الملك المطلق مؤرخاً، وادعى صاحب اليد الملك بسبب الشراء مؤرخاً، صورته: دار في يدي رجل ادعى رجل أنها داره ملكها منذ سنة، وأقام صاحب اليد بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنتين، وهو يملكها، وقبضها منه قضى بها للمدعي الخارج؛ لأن صاحب اليد خصم عن بائعه في إثبات الملك لتمكنه إثبات الانتقال إلى نفسه. وكان بائعه حضر، وأقام البينة على الملك المطلق لنفسه، والدار في يده، لأن يد المشتري يد البائع من حيث التقدير، ولو كان كذلك كان يقضي بينة

الخارج.

نوع آخر منه

دعوى الخارجين في الملك المطلق:

١٦٧٦٣ - قال محمد: وإذا ادعى رجلان داراً أو عقاراً أو منقولاً في يدي رجل، فأقاما البينة على ما ادعيا وأرّخا تاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى والحجة، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخراً وهو قول محمد أولاً: يقضى لأسبقهما تاريخاً، ويكون للتاريخ عبرة، وعلى قول أبي يوسف أولاً، وهو قول محمد آخراً: يقضى بينهما، ولا يكون للتاريخ عبرة، هكذا ذكر في «الأصل».

وذكر في «المنتقى»: أنه يقضى لأسبقهما تاريخاً بلا خلاف، وإن أرّخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر، لم يذكر محمد هذا الفصل في «الأصل»، وفي «النوادر» عن أبي حنيفة: يقضى بينهما؛ لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات، فيسقط اعتبار التاريخ، ويبقى الدعوى في الملك المطلق، وعلى قول أبي يوسف: يقضى للذي أرّخ، وعلى قول محمد: يقضى للذي لم يؤرخ. قالوا: وما ذكر من قول أبي يوسف رحمه الله: إنه يقضى للذي أرّخ مستقيم على قوله الآخر؛ لأن على قوله الآخر: للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق في حالة الانفراد، كما في حالة الاجتماع، فيكون المؤرخ أولى، وإنه مشكل على قوله الآخر، وينبغي أن يكون غير المؤرخ أولى؛ لأنه أسبقهما تاريخاً؛ لأنه يدعي أولية الملك ويؤيده إن في فصل الخارج مع ذي اليد إذا أرّخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر كان غير المؤرخ أولى على قوله الآخر على ما مرّ، وما ذكر من قول محمد: إنه يقضى لغير المؤرخ إنما يستقيم على قوله أولاً؛ لأن على قوله الأول: للتاريخ عبرة، واعتبار التاريخ يوجب أن يكون غير المؤرخ ما أولى؛ لأن غير المؤرخ سابق؛ لأنه يدعي أولية الملك، وأما على قوله الآخر يجب أن يقضى بينهما؛ لأن على قوله الآخر: لا عبرة للتاريخ حتى قال: إذا أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بينهما

نوع آخر:

١٦٧٦١- في دعوى صاحبي اليد دارًا أو منقولًا في يدي رجلين، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له.

يجب أن يعلم بأن العقار أو المنقول إذا كان في يدي رجلين، يجعل في يدي كل واحد منهما نصفه، ويجعل كل واحد منهما مدعيًا فيما في يدي صاحبه مدعًى عليه فيما في يديه، فإذا أقاما البينة على ما ادعيا إن لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء يقضى بينهما نصفان.

وفي "الأصل" يقول محمد: يقضي لكل واحد منهما بما في يد صاحبه، وهذا إشارة إلى أن هذه البينة وقعت معتبرة، فإنه قال: يقضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه، والمشايخ اختلفوا في هذه البينة على قولين: بعضهم قالوا: هذه البينة وقعت لغوًا؛ لأنها لا تفيد؛ لأنها لا توجب الملك بينهما إلا نصفان، والملك بينهما نصفان ثابت بحكم يديهما، وبعضهم قالوا: لا، بل هذه البينة وقعت معتبرة؛ لأن قبل هذه البينة يترك الدار في أيديهما قضاء ترك، وبعد هذه البينة يترك الدار في أيديهما قضاء استحقاق بالبينة، فإن كل واحد منهما يصير مقضيًا عليه، فيما كان في يديه ببينة صاحبه حتى إن بعد ما قضى القاضي بالدار بينهما نصفان لو ادعى أحدهما على صاحبه النصف الذي صار لصاحبه، لا يسمع دعواه؛ لأنه صار مقضيًا عليه في ذلك النصف.

وإن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرًا، وهو قول محمد أولًا: للتاريخ عبرة، فيقضى لأسبقهما تاريخًا، وعلى قول محمد آخرًا، وهو قول أبي يوسف أولًا لا عبرة للتاريخ، فيقضى به بينهما. وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فعلى قول أبي حنيفة: لا عبرة للتاريخ، فيقضى به بينهما، وكذلك عندهما على القول الذي لا يعتبران التاريخ، وعلى القول الذي يعتبران التاريخ يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف، ولغير المؤرخ عند محمد؛ لأن غير المؤرخ أسبقهما تاريخًا معنى.

نوع آخر في دعوى الخارجين كل واحد منهما يدعي فعلاً على صاحبه من غصب أو إجارة أو إعارة مع دعوى الملك المطلق وفي دعوى أحدهما ذلك الفعل على صاحبه:

والحكم فيه أنه إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه فعلاً مع دعوى الملك المطلق بأن ادعى أن صاحبه غصبه منه، أو ادعى أنه آجاره منه، أو أودعه منه، فإنه يقضي بالعين بينهما لاستوائهما في الدعوى والحجة، وإن ادعى أحدهما فعلاً على صاحبه كما ذكرنا وصاحبه ادعى الملك لا غير، يقضي ببينة مدعي الفعل؛ لأن بينته أكثر إثباتاً، والدار إذا كانت في يدي رجلين، يجعل في يد كل واحد منهما نصف الدار لاستوائهما في اليد على الدار، ثم يجعل كل نصف من الدار بمنزلة دار على حدة؛ لأن حكم كل نصف يخالف حكم النصف الآخر؛ لأن كل واحد منهما خارج فيما في يد صاحبه صاحب يد فيما في يده، وحكم الخارج يخالف حكم ذي اليد في الدعوى وإقامة البينة.

جئنا إلى المسائل، قال محمد في «الجامع»: وإذا كانت الدار في يدي رجلين أقام كل واحد منهما بينة أن الدار له، وأقام أجنبي بينة أن الدار له، فإن للرجل الأجنبي نصفها، ولكل واحد من صاحبي اليد ربعها؛ لأن في يد كل واحد من صاحبي اليد نصف الدار، وكل نصف بمنزلة دار على حدة، فيسمى أحد صاحبي اليد أكبر، ويسمى الآخر أصغر تسهيلاً للتخريج، فنقول: في يد الأصغر نصف الدار ينازع فيه الأصغر والأكبر والأجنبي، وأقاموا البينة وبينة الأصغر فيه غير مقبول؛ لكونه صاحب يد فيه، فخرج هو من البين بقي بينة الأجنبي والأكبر، وهما مقبولتان؛ لكونهما خارجين من هذا النصف، وقد استويا في الدعوى؛ لأن كل واحد يدعي جميعه، واستويا في الحجة، فيقضي بذلك بينهما، وفي يد الأكبر نصف الدار أيضاً ينازع فيه الأكبر والأصغر والأجنبي وبينة الأكبر غير مقبولة فيه، وبينة الأصغر والأجنبي مقبولتان، فيقضي بذلك النصف بين الأجنبي والأصغر، فحصل للأجنبي نصف كل واحد من النصفين، وكان له النصف كملاً، وحصل لكل واحد من صاحبي اليد نصف النصف الذي في يد صاحبه، فكان لكل واحد ربع الدار.

ولو أن الأجنبي ادعى على أحد صاحبي اليد بعينه أنه غصب هذه الدار منه،

وباقي المسألة بحالها كان ثلاثة أرباع الدار للأجنبي ، وربعها للذي لم يدع عليه الغصب ، وخرج المدعى عليه الغصب من البين حتى لو كان دعوى الغصب على الأكبر ، لا يكون للأكبر شيء من الدار ، ويكون للأجنبي ثلاثة أرباع الدار ، وإنما كان كذلك لأن النصف الذي في يد الأكبر بينة الأكبر فيه غير مقبولة ، وبينة الأصغر والأجنبي فيه مقبولتان ، وقد استويا في الدعوى ، وكذلك استويا في الحجة ؛ لأن كل واحد منهما يدعيه ملكًا مطلقًا من غير دعوى الفعل على صاحبه ، فيقضي بذلك بينهما ، وأما النصف الذي في يد الأصغر فبينة الأصغر فيه غير مقبولة ، وكذلك بينة الأكبر فيه غير مقبولة ؛ لأن الأكبر مع الأجنبي خارجان في ذلك النصف ، وقد ادعى الأجنبي على الأكبر فيه فعلاً ، وهو الغصب ، وفي مثل هذا يقبل بينة مدعي الفعل ، ولا يقبل بينة المدعى عليه الفعل ، فيقضي بهذا النصف للأجنبي بكماله ، وقد أصابه نصف النصف الآخر ، وصار له ثلاثة أرباع الدار من هذا الوجه .

١٦٧٦٥- وفي "الجامع" أيضًا : رجل في يديه دار أقام رجل عليه بينة أنها داره ، وأقام رجل آخر البينة أنها داره غصبها منه هذا المدعي الآخر ، فإنه يقضي بالدار للمشهود له بالغصب ؛ لأنهما خارجان تنازعا في الملك المطلق ، وادعى أحدهما الفعل وهو الغصب على صاحبه ، وكذلك لو كان مكان دعوى الغصب دعوى الإيداع .

١٦٧٦٦- ولو أن رجلين في أيديهما دار ، أقام رجل أجنبي بينة أنها داره غصبها منه هذا الأكبر ، وأقام الأكبر بينة أنها داره غصبها منه هذا الأجنبي ، وأقام الأصغر بينة أنها داره ، ولم يثبت غصبًا على أحد ، فإنه يقضي بنصف الدار للأجنبي نصف ذلك مما في يد الأصغر ، ونصف ذلك مما في يد الأكبر ، والنصف الآخر من الدار بين الأصغر وبين الأكبر نصفان ؛ لأن الأكبر مع الأجنبي استويا في دعوى ما في يد الأصغر وفي الحجة ؛ لأن كل واحد منهما ادعى الغصب على صاحبه فيه ، وهما خارجان فيه ، فيقضي بما في يد الأصغر بينهما ، والأصغر مع الأجنبي استويا في دعوى ما في يد الأكبر ، وفي الحجة أيضًا ؛ لأن كل واحد منهما لم يدع الغصب على صاحبه ، فيقضي بذلك بينهما نصفان أيضًا ، فحصل للأجنبي نصف ما كان في يد كل واحد منهما ، فيكون لكل واحد منهما ربع الدار ، وصارت هذه المسألة والمسألة الأولى سواء .

فيه يدعوى الأصغر الغصب فيه على الأجنبي، وإقامة البينة على ذلك، ويقضى بالنصف الذي كان في يد الأصغر بين الأكبر والأجنبي نصفان؛ لأنه استوى فيه دعوى الأكبر والأجنبي؛ لأن كل واحد منهما ادعى الملك فيه لنفسه، وادعى الغصب فيه على صاحبه، فيقضي بينهما.

ولو أقام الأكبر بينة أنها داري غصبها مني هذا الأصغر، وأقام الأصغر بينة أنها داري، غصبها مني هذا الأكبر، وأقام الأجنبي بينة أنها داري غصبها مني هذا الأكبر والأصغر، فللأجنبي نصف الدار، والنصف الآخر بين الأكبر والأصغر نصفان.

حكي عن القاضي الإمام أبي عاصم العامري: أنه قال: ما ذكر من الجواب غلط وقع من الكاتب، وينبغي أن يقضي بجميع الدار للأجنبي؛ لأن الأجنبي أبطل دعوى كل واحد منهما وبينته بإثبات الغصب عليهما، وواحد منهما لم يبطل دعوى الأجنبي وبينته؛ لأنه لم يثبت الغصب عليه، فيبطل دعواهما وبينتهما، وبقي الأجنبي وبينته، فيقضي بجميع الدار للأجنبي من هذا الوجه.

وعامة المشايخ على أن ما ذكر في الكتاب صحيح، ووجه ذلك أن الأجنبي لما ادعى الغصب عليهما كان مدعيًا على كل واحد منهما؛ لأنه يدعي الغصب فيه على صاحبه، أما الأكبر فظاهر، وأما الأجنبي فلأنه لا يدعي الغصب على الأكبر فيما في يد الأصغر، إنما يدعي الغصب فيه على الأصغر، فيقضي بذلك النصف بين الأكبر والأجنبي نصفان، وأما النصف الذي في يد الأكبر تنازع فيه الأصغر والأجنبي، وقد استويا فيه دعوى وحجة؛ لأن كل واحد منهما لا يدعي الغصب فيه على صاحبه على نحو ما بينا في طرف الأصغر، فيقضي بذلك النصف بين الأجنبي والأصغر نصفان، فحصل للأجنبي نصف الدار ولصاحبي اليد نصف الدار من هذا الوجه، وكان ما ذكر في الكتاب صحيحًا - والله أعلم -.

الفصل الرابع

في دعوى الملك في الأعيان بسبب نحو الشراء والميراث والهبة، وما أشبه ذلك

فنقول: هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضاً: الأول: في دعوى الخارجين، وإنه على وجهين: إما أن يدعيا تلقي الملك من جهة اثنين، أو من جهة واحد.

١٦٧٦٢- صورة ما إذا ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين: قال محمد في «الأصل»: دار في يدي رجل ادعاها رجلان، كل واحد يدعي أنها داره ورثها من أبيه فلان، وأقاما على ذلك بينة؛ فإن لم يؤرخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء بأن قال كل واحد منهما مثلاً: مات أبي منذ سنة، وترك هذه الدار ميراثاً لي، فإنه يقضى بالدار بينهما؛ لأن كل واحد منهما يثبت الملك لمورثه في الدار أولاً، ثم يثبت الانتقال من مورثه إلى نفسه، فكأن مورثيهما حضرا، وادعيا ملكاً مطلقاً لأنفسهما، والعين في يد ثالث، وهناك يقضى بالعين بينهما نصفان، فههنا كذلك.

وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة، وتركها ميراثاً له، وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين، وتركها ميراثاً له، ففي هذا الوجه على قول أبي حنيفة آخراً على ما ذكر في «المنتقى»، وهو قول أبي يوسف آخراً على ما ذكر في «الأصل»، وهو قول محمد أولاً على ما رواه ابن سماعة عنه: يقضى لأسبقهما تاريخاً؛ لأن للتاريخ عبرة على هذه الأقاويل، وأسبقهما تاريخاً أثبت الملك لنفسه في وقت لا مزاحم له فيه، فيكون هو أولى، كما إذا ادعيا الشراء من اثنين، وأقاما البينة، وأرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، وهناك يقضى لأسبقهما تاريخاً بلا خلاف، وطريقه ما قلنا.

وعلى قول محمد آخراً وهو قول أبي يوسف أولاً: يقضى بينهما؛ لأن كل واحد من الوارثين يثبت الملك لمورثه أولاً، ثم يثبت الانتقال من مورثه إلى نفسه، ولا تاريخ

في ملك المورثين، فكان المورثين حضرا، وادعيا الملك لأنفسهما من غير تاريخ، وهناك يقضي بينهما حتى لو أرخا ملك المورثين وتاريخ ملك أحدهما أسبق، كان هو أولى من الآخر، هكذا رواه هشام عن محمد، وأما إذا ادعيا الشراء من رجلين، وأرخا الشراء، وتاريخ أحدهما أسبق، فقد روي عن محمد أنهما إذا لم يؤرخا ملك البائعين يقضي بينهما نصفين، كما في فصل الميراث، فعلى هذه الرواية: لا يحتاج محمد إلى الفرق بين الشراء وبين الميراث، وفي ظاهر رواية محمد في فصل الشراء: يقضي لأسبقهما تاريخًا، فعلى ظاهر الرواية: محمد يحتاج إلى الفرق بين فصل الميراث وفصل الشراء

والفرق: وهو أن ملك المشتري حادث يثبت بسبب حادث وهو الشراء، فكل واحد من المشتريين يثبت لنفسه ملكًا حادثًا لا تعلق له بملك البائع، فمن أثبت لنفسه الملك في وقت لا ينازعه فيه أحد، كان هو أولى، فأما ملك الوارث فهو ليس بملك جديد، بل هو عين ما كان ثابتًا للمورث؛ لأن الوراثة عقد خلافة، ولا تاريخ في ملك المورثين، فلهذا افترقا.

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، لم يذكر محمد هذا الفصل في الأصل، وذكر صاحب الأقضية عن بشر أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يقضي للمؤرخ، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: يقضي بينهما نصفين، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: يقضي للمؤرخ، وعلى قول محمد: يقضي لغير المؤرخ، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه يقضي بالدار بينهما نصفان بالاتفاق، هكذا ذكر الطحاوي، فما ذكر في الأقضية من قول أبي حنيفة إشارة إلى أن للتاريخ عبرة عنده حالة الانفراد في دعوى تلقي الملك من جهة اثنين، وهذا قوله الأول، ثم رجع، وقال: لا عبرة للتاريخ في دعوى تلقي الملك من جهة اثنين حالة الانفراد.

وما ذكر شيخ الإسلام من قول أبي حنيفة قوله الآخر؛ لأن على قوله الآخر: التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار في هذه الصورة، فصار ذكره والعدم بمنزلة، أو نقول: كل واحد منهما يثبت الملك لمورثه، ثم يثبت الانتقال من مورثه ولا تاريخ في ملك المورثين، فكأنهما حضرا، وادعيا الملك لأنفسهما مطلقًا، وهناك يقضي بينهما،

كذا ههنا، وما ذكر شيخ الإسلام من قول أبي يوسف مستقيم على قوله الآخر؛ لأن
على قوله الآخر: للتاريخ عبرة، فيكون المؤرخ أولى، أما لا يستقيم على قوله الأول؛
لأن على قوله الأول: لا عبرة للتاريخ، فيقضى بينهما كما لو لم يؤرخا

وما ذكر شيخ الإسلام من قول محمد: أنه يقضى لغير المؤرخ مستقيم على قوله
الأول؛ لأنه على قوله الأول: للتاريخ عبرة وغير المؤرخ أسبقهما تاريخاً معنى؛ لأنه
يدعي الملك الذي هو بطريق الخلافة عن الميت، ودعوى الملك المطلق دعوى الملك من
الأصل. وما ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يقضى بينهما بالاتفاق أراد به الاتفاق بين
أبي حنيفة ومحمد على قول أبي حنيفة الآخر؛ لأن على قول أبي حنيفة الآخر: لا عبرة
للتاريخ حالة الانفراد في هذه الصورة، فصار ذكره كلا ذكر، وعلى قول محمد:
التاريخ في ملك المورثين؛ لأنهما يدعيان ملك المورثين وكل واحد من الوارثين يثبت الملك
لمورثه أولاً، ثم يثبت الانتقال من مورثه إلى نفسه، فكأن المورثين حضرا، وادعيا
لأنفسهما ملكاً مطلقاً، وهناك يقضى بالدار بينهما، فههنا كذلك

وإذا ادعيا الشراء من اثنين والدار في يد ثالث، فإن لم يؤرخا أو أرخا
وتاريخهما على السواء، قضي بالدار بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فهو
على الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث، وإن أرخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر، فهو على
ما ذكرنا في الميراث أيضاً

صورة ما إذا ادعى الخارجان تلقي الملك من جهة واحدة: دار في يدي رجل ادعاها
رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا، فإن أرخا وتاريخهما
على السواء، أو لم يؤرخا، فالدار بينهما نصفان؛ لأنهما استويا في الدعوى والحجة،
ويخير كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء جميع الدار لنفسه، ولم يسلم
لكل واحد منهما إلا النصف، فيخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن
الذي سماه شهوده، وإن شاء ترك، فإن رضي أحدهما وأبى الآخر، وذلك بعدما
خيرهما القاضي، وقضى لكل واحد منهما بالنصف، فليس للذي رضي به إلا
النصف؛ لأن القاضي حين خيرهما، وقضى لكل واحد منهما بالنصف فقد فسخ بيع
كل واحد منهما في النصف، فلا يعود بيع أحدهما بعد ذلك بترك صاحبه المزاحمة معه،

قال: إلا أن يكون ترك المنازعة قبل أن يقضي القاضي بشيء، فحينئذٍ تكون الدار للآخر بجميع الثمن.

وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فالسابق أولى؛ لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد، فثبت شراءه من ذلك الوقت، وتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فالمؤرخ أولى، قيل: إنما جعلنا المؤرخ أولى تقليلاً لنقض ما هو ثابت.

بيانه: أنه متى جعلنا المؤرخ أولى، فقد نقضنا شراء الآخر لا غير؛ لأنه لم يثبت ببينته إلا الشراء، ومتى قضينا للذي لا تاريخ له نقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة، وتقليل نقض ما هو ثابت أولى من تكثيره. وقيل: إنما جعلنا المؤرّخ أولى؛ لأنه أثبت الشراء في وقت لا منازع له فيه.

صورة ما إذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر: رجل في يديه دار، جاء رجل، وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا، سمى رجلاً آخر، وجاء رجل آخر، وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه، فإن لم يؤرخا أو أرخا، وتاريخهما على السواء، يقضى بالدار بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، يقضى لأسبقهما تاريخاً، وإن أرخ أحدهما، ولم يؤرّخ الآخر، فالمؤرّخ أولى؛ لما قلنا.

١٦٧٦٨ - ومن هذا الجنس مسائل ذكرها في "الزيادات"، وصورتها: رجل في يديه دار وعبد، جاء رجلان، وادعى كل واحد منهما أنه اشترى هذه الدار بهذا العبد من صاحب اليد، وأقام البينة، فالقاضي يخيّرهما إن شاء أخذ الدار بينهما وإن شاء أخذ العبد بينهما أيضاً، وإن شاء، ترك الدار، وأخذ العبد بينهما، وغرم صاحب اليد قيمة العبد بينهما، أما القضاء بالدار بينهما؛ لأنهما استويا في سبب الاستحقاق، وهو الدعوى والشهادة، والمشهود به قابل للشركة، فوجب القضاء بينهما، وأما الخيار فلأنا إذا قضينا بالدار بينهما، فقد تفرقت الصفقة على كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار، ولم يسلم لكل واحد منهما إلا النصف، وهذا تفرق حصل قبل التمام؛ لأنه حصل قبل القبض، فيوجب الخيار، فإن اختارا أخذ الدار، أخذا الدار بينهما؛ لما مر، وأخذا العبد بينهما أيضاً؛ لأن كل واحد منهما أثبت شراء كل الدار بكل

بينته ما يوجب الاستحقاق على ذي اليد؛ لأن ذلك إنما يكون بسبق شرائه، ولم يثبت ذلك ببينته، ولا يكون له الخيار؛ لأنه سلم له جميع ما اشترى، ويكون كل العبد للآخر؛ لأنه أثبت تسليم كل العبد إليه ثمن الدار، ولم يسلم له شيء من الدار، فيرجع عليه بجميع العبد.

١٦٧٧١ - ولو قال المدعى عليه لصاحب اليد: إن عوض الدار لم يسلم لي، بل استحق ببينة الخصم الآخر، فأنا أرجع عليه بالدار، لا يلتفت إليه؛ لأن العبد استحق بما ليس بحجة في حق صاحب اليد لترجيح بينة صاحب اليد على بينة الآخر، فلم يظهر الاستحقاق في حق صاحب اليد، وصار كما لو استحق عليه بإقراره، وهو نظير كافر باع داره من مسلم بعبد، واستحق العبد من يد بائع الدار ببينة كافرة، لا يرجع على المسلم بشيء، وإنما لا يرجع؛ لما قلنا.

١٦٧٧٢ - هذا إذا ادعى الشراء مطلقًا، فأما إذا ادعيا الشراء مؤرخًا، وأقاما البينة على ذلك، وتاريخ أحدهما أسبق، قضي لأسبقهما تاريخًا، سواء كانت الدار في يد المدعي عليه أو في أيديهما، أو في يد أحدهما لأيهما كان؛ لأنه أثبت شراءه في وقت لا منازع له فيه، فيثبت شراؤه من ذلك الوقت، ومن ضرورة ثبوت شرائه من ذلك الوقت بطلان شراء الآخر، وبطلان قبضه بعده، ويقضى بالعبد للآخر؛ ما قلنا: قبل هذا.

وإن أرخ أحدهما، ولم يؤرخ الآخر، إن كانت الدار في يد المدعى عليه، يقضي بالدار للذي أرخ؛ لأن الشراء أمر حادث، فيحال مطلقه على أقرب الأوقات، والذي لم يؤرخ أثبت شراءه للحال، ولهذا لا يستحق شيئًا من الزيادة المتولدة من المبيع قبل هذا، والمؤرخ سابق عليه، ألا ترى أنه يستحق الزيادة المتولدة من وقت التاريخ، فكان أولى لهذا، بخلاف دعوى الملك المطلق من اثنين على ثالث، والعبد في يد الثالث إذا أرخ أحدهما فيه دون الآخر، حيث كانا على السواء على قول أبي حنيفة على أصح الروايات عنه؛ لأن هناك ملك المؤرخ ثبت من وقت التاريخ بلا شبهة، وملك الآخر ثبت من الأصل مع الاحتمال، فيحتمل التقدم على المؤرخ، والتأخر عنه، فيجعل مساويًا.

١٦٧٧٣ - أما في دعوى الشراء من الواحد أقرا بالملك للبائع، والملك إذا ثبت

يبقى إلى أن يوجد الناقل، فالمؤرخ أثبت النقل في زمان لا يزاحمه غيره فيه بيقين، وفي نقل الآخر احتمال، والمحتمل لا يعارض المتيقن، أما في الملك المطلق بخلافه على ما مرّ، وإذا قضينا بالدار للمؤرخ، قضينا بالعبد للآخر على ما مر، ولا خيار لواحد منهما؛ لأن موجب الشراء سلّم لأحدهما، وموجب الفسخ سلم للآخر، فانعدم الموجب للخيار.

وإن كانت الدار في يد الذي لم يؤرخ شهوده، والباقي بحاله؛ يقضى بالدار للذي لم يوقت؛ لأن تاريخ المؤرخ إن دلّ على سبق شرائه على نحو ما بينا فقبض الذي لم يؤرخ يدل على سبق شرائه من حيث إن الإنسان إنما يتمكن من القبض في وقت لا منازع له فيه، فتعارضا، إلا أن دليل السبق في حق الذي لم يؤرخ القبض، وأنه معاين، وفي حق المؤرخ التاريخ وإنه مخبَرٌ فيه، وليس الخبر كالمعاينة.

ولو استوى الدليلان، لا يجوز نقض قبض صاحب اليد بالشك، فكيف إذا ترجح دليل صاحب اليد، ولأن القبض يؤثر في الشراء تأكيداً له، والتاريخ لا يؤثر، والترجيح بالمؤثر أولى من الترجيح بغير المؤثر، وكذلك إذا كان للذي لم يؤرخ قبضاً مشهوداً به، كان هو أولى؛ لأن قبضه ثبت بالبينة، والثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاين قبضه كان هو أولى، فههنا كذلك.

١٦٧٧٤ - وإن شهد شهود الذي لم يؤرخ على إقرار البائع بالشراء والقبض، قضي لصاحب التاريخ؛ لأن الثابت بالبينة ههنا إقرار البائع بالقبض، لا نفس القبض، فصار كأنا عاينا إقرار البائع بذلك، ولو عاينا إقرار البائع بذلك لا يصدق في حق صاحب التاريخ، فههنا كذلك. والفقه في ذلك أن الاحتمال في بينة صاحب الوقت من وجهين: من حيث إنهم صدقة أو كذبة، ومن حيث إن عقده يحتمل أن يكون سابقاً أو لاحقاً، والاحتمال في بينة صاحب الإقرار من وجوه ثلاثة: من حيث إنهم صدقة أو كذبة، ومن حيث إن البائع صادق في إقراره أو كاذب في إقراره، ومن حيث إن عقده يحتمل أن يكون سابقاً، ويحتمل أن يكون لاحقاً، فكان القضاء ببينة صاحب الوقت أولى.

١٦٧٧٥ - ولو كان لأحدهما قبض مشهود به، وللآخر قبض معاين، فالذي له

قبض معاين أولى ، لرجحان القبض على الخبر ، وإن شهد شهود كل واحد منهما على الشراء والقبض معاينة ، أو على إقرار البائع بالقبض ، وأرخ أحدهما ، ولم يؤرخ الآخر ، إن كانت الدار في يد البائع ، فصاحب التاريخ أولى ، وإن كانت الدار في يدي الذي لم يؤرخ شهوده ، فهو أولى بحكم القبض المعاين ، وإن كانت الدار في يد المشتري ، وأقاما البينة على الشراء ، والقبض معاين ، أو على إقرار البائع بالقبض ، وأرخ شهود أحدهما دون الآخر ، قضى بالدار بينهما نصفين ، والعبد لهما أيضاً ، أما القضاء بالدار بينهما فلأن في يد كل واحد منهما نصف الدار ، فالنصف الذي في يد صاحب التاريخ له فيه تاريخ وقبض معاين ، وليس للآخر في ذلك شيء ، فصار هو أولى به ، والنصف الذي في يد غير صاحب التاريخ له فيه تاريخ وقبض معاين ، وليس للآخر فيه إلا التاريخ ، فصار صاحب القبض أولى. وأما العبد لهما ؛ لأن كل واحد منهما أثبت على المدعى عليه شراء جميع الدار بالعبد ، ولم يسلم له إلا نصف الدار ، وكان له الرجوع في نصف العبد ، فلذلك صار العبد بينهما أيضاً ، ويتخيران أيضاً لعيب الشركة.

١٦٧٧٦ - قال محمد رحمه الله عقيب هذه المسائل : وتاريخ القبض في هذا بمنزلة تاريخ الشراء ، حتى لو كانت الدار في يد البائع ، وشهد شهود كل واحد من المدعيين على الشراء والقبض ، وأرخوا القبض دون الشراء ، وتاريخ أحدهما أسبق ، بأن شهد شهود أحدهما أنه اشترى هذه الدار بهذا العبد ، وقبضه منذ عشرة أيام ، كان صاحب القبض السابق أولى ؛ لأن سبق التاريخ في القبض دليل سبق التاريخ في العقد. ولأن العقد متى ثبت بالبينة ، وهناك قبض يجعل القبض عن العقد ، وكان سبق التاريخ في القبض دليلاً على سبق التاريخ في العقد ، وسبق التاريخ في الشراء يوجب الترجيح ، فكذا سبق التاريخ في القبض.

وكذلك إذا كانت الدار في يد صاحب الوقت اللاحق قضى بها لصاحب الوقت السابق لما قلنا : في الشراء وإن أرخ أحدهما في القبض دون الآخر ، والدار في يدي البائع ، قضى لصاحب التاريخ ، وإن كانت الدار في يدي الذي لم يؤرخ ، فهو أولى ، لما قلنا : في الشراء.

آكد الشرائين أولى .

١٦٧٧٨ - وإن أرخ أحدهما ، فكذلك هو اليد أولى ؛ بخلاف ما إذا كانت الدار في يد البائع ، ولأحد المدعيين تاريخ حيث كان المؤرخ أولى ؛ لأن هنا إنما صار المؤرخ أولى تقليلا لنقض ما هو ثابت ، وتقليل النقض ههنا في جعل صاحب اليد أولى .

بيانه : أنه إذا قضينا لصاحب التاريخ هناك احتجنا إلى نقض شراء ذي اليد مع يده ، ويده ثابتة معاينة . ومتى قضينا لصاحب اليد احتجنا إلى نقض شراء الآخر وتاريخه ثبت بالبينة ، والثابت معاينة فوق الثابت بالبينة ، وكان نقض الثابت معاينة أكثر من نقض الثابت بالبينة ، فإذا في الموضعين يقضى بتقليل نقض ما هو ثابت ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق كان أسبقهما تاريخاً أولى .

أما إذا كان أسبقهما تاريخاً ذواليد ، فلأنه أولى من غير التاريخ ، فأولى أن يكون أولى مع التاريخ ، وأما إذا كان أسبقهما الخارج اعتبارًا للسبق الثابت بالبينة بالسبق الثابت معاينة ، ولأنه أكثر إثباتاً ، وإن ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين ، فإنه يقضى للخارج ، بخلاف ما إذا ادعيا التلقي من واحد ، ولم يؤرخا ، أو أرخا ، وتاريخهما على السواء ، أو أرخ أحدهما دون الآخر ، حيث يقضى لذي اليد .

والفرق : أنهما إذا ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين ، فكل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ، فكان البائعين حضرا وادعيا ملكًا مطلقًا ، والدار في يد أحدهما ، وأقاما البينة ، وهناك الخارج أولى ، فههنا كذلك ، فأما إذا ادعيا التلقي من جهة واحد ، فكل واحد منهما لا يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه ؛ لأن الملك لبائعهما ثابت بتصادقهما ، وإنما يحتاج كل واحد منهما إلى إثبات الانتقال إلى نفسه بسبب الشراء ، وذو اليد ببينته يثبت آكد الشرائين ، والقضاء بالآكد أولى إذا تعذر الجمع .

نوع آخر من هذا الفصل :

١٦٧٧٩ - في دعوى صاحبي اليد تلقي الملك من جهة غيرهما .

وإنه على وجهين : إن ادعيا تلقي الملك من جهة واحد ، ولم يؤرخا ، أو أرخا ،

وتاريخهما على السواء، يقضى بالعين بينهما، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بالدار بينهما، وإن أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا؛ وإن ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين، فكذلك الجواب على التفصيل الذي قلنا فيما إذا ادعيا التلقي من جهة واحد.

نوع آخر

من هذا الفصل في ذكر تاريخ الشراء مع الجهالة:

١٦٧٨٠ - قال محمد في كتاب الدعوى: رجلان اختصما في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنة، وأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من فلان منذ سنة وأكثر، ولا يحفظون الفضل، فالبينة بينة المدعي، وهذا مشكل على قول من يعتبر التاريخ؛ لأن شهود ذي اليد أرخوا أكثر مما أرخ شهود الخارج، وإن لم يبينوا قدره، فينبغي أن يترجح شهادة شهوده بهذا، والجواب المنقول عن المشايخ المتقدمين أنهم إذا لم يقدروا الفضل ولم يحفظوه، كانت شهادتهم على المجهول فيما يرجع إلى الفضل، فلم يقبل شهادتهم على الفضل، بقيت شهادتهم على سنة، وقد استوت البينتان فيه، فيقضى به للمدعي. وكذلك إذا شهد شهود المدعى عليه أنه اشتراها من فلان منذ سنة أو سنتين، وشكوا في الزيادة، قضي للخارج؛ لأن الزيادة على السنة[1] لم تثبت بالشك، بقيت الشهادة على السنة، وقد استوت البينتان فيها، فيقضى للخارج.

قال رضي الله عنه: وإنه مشكل؛ لأن عند استواء البينتين في التاريخ يقضى ببينة ذي اليد، وهو النوع المذكور قبل هذا النوع، ولكن الصحيح في هذا أن يقال: بأن شهود صاحب اليد شهدوا على أنفسهم بالسهو[2] والغفلة، وشهادة المغفل لا يقبل، فلغت شهادة شهود ذي اليد من كل وجه، وصار كأنه لم يقم البينة أصلا، ولو وقت شهود أحدهما سنتين، وشهود الآخر سنة وأكثر، ولا يحفظون الفضل، أو وقت شهود الآخر

---

(١) وفي ط: الزيادة.

(٢) وفي ط وب: أو بشهود الغفلة.

سنة أو سنتين، وشكوا في الزيادة، فالبينة بينة من يثبت سنتين إن كان المثبت لسنتين المدعي بالاتفاق، وإن كان المثبت لسنتين صاحب اليد، فعلى قول من يعتبر سبق التاريخ: كذلك؛ لأنه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد، وعلى قول من لا يعتبر التاريخ: يقضى للخارج.

نوع آخر من هذا الفصل:

في دعوى الخارجين تلقي الملك من جهة صاحب اليد وإقرار صاحب اليد لأحدهما.

١٦٧٨١ - في نوادر هشام قال: سألت محمداً عن غلام في يدي رجل، ادعى رجل أنه اشتراه من صاحب اليد بألف درهم منذ سنة، وأقام رجل آخر بينة أنه اشتراه من صاحب اليد بمائة دينار منذ خمسة أشهر، وصاحب اليد يقول: بعته من صاحب المائة، وقضى القاضي بالغلام لصاحب الألف؛ لأن وقته أول، وسلم الغلام إليه، ثم وجد به عيباً ورده على المقضي عليه بقضاء القاضي، فجاء صاحب المائة، وقال: أنا آخذ الغلام؛ لأنك أقررت أنك بعته مني، وصاحب اليد يأبى، ويقول: القاضي فسخ العقد بيني وبينك، لا يلتفت إلى قول صاحب الغلام، ولا يكون قضاء القاضي بالغلام لصاحب الألف فسخاً لبيع المائة، ويكون لصاحب المائة أن يأخذ الغلام بإقرار البائع أنه باعه منه، ولم يبعه من ذلك، وإن قال البائع لصاحب المائة: خذ الغلام وأبى هو، فللبائع أن يلزمه، وإن قال صاحب المائة حين قضى القاضي بالغلام لصاحب الألف، وقام من مجلس القاضي: قد فسخت البيع بيننا لم يكن فسخاً إلا أن يقول البائع: أجبتك إلى ذلك، أو يفسخ القاضي العقد بينهما.

نوع آخر من هذا الفصل في دعوى الرجلين كل واحد منهما البيع على صاحبه، أو الشراء على صاحبه:

١٦٧٨٢ - ما يجب اعتباره في هذا النوع لتخريج المسائل على قول أبي حنيفة

وأبي يوسف: إنه متى تنازع اثنان في عين ادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم، أو ادعى أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم، وأنكر صاحبه، وأقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى، ولم يؤرخا، فإنه تهاترت البينتان، سواء كان المبيع في يد أحدهما أو في يد ثالث، والثالث يجحد، وسواء شهد الشهود بالشراء والقبض، أو شهدوا بالشراء، ولم يشهدوا بالقبض، وسواء كان الثمن على السواء، أو كان أحدهما أنقص من الآخر إلا أن المبيع إذا كان في يد أحد المدعيين، فإنه يترك في يده قضاء ترك على الروايات كلها، وإذا كان في يد ثالث ذكر في بيوع «الجامع» في باب القصر أنه يقضي بالعين المدعى بين المدعيين نصفان إن كان لا يقضي بالعقدين، وذكر في باب الطويل - أنه يترك في يد الثالث قضاء ترك.

١٦٧٨٣ وما يجب اعتباره لتخريج هذا النوع من المسائل على قول محمد أن المبيع إذا كان في يد أحد المدعيين أن شهد الشهود بالعقد دون القبض، فإن القبض المعاين يجعل أولاً كأن ذا اليد اشترى أولاً وقبضه، ثم باع، ولم يسلم، فيؤمر بالتسليم ويجب لكل واحد منهم على صاحبه ما ادعى من الثمن، ويتقاصان إذا كانا على السواء، وإن شهدوا بالعقد والقبض، فإنه يجعل القبض المعاين آخراً كأن الخارج اشترى أولاً وقبضه، ثم باعه من صاحبه، وسلم فيقضي بالمبيع لذي اليد يعتبر هكذا إذا كان في اعتبار القبض المعاين آخر القبض بحكم هذه العقود المشتبهة تصحيح البيع كلها رواية واحدة، وأما إذا كان في جعله آخر المقبوض[1] فساد بعض البيوع، وفي جعل أول المقبوض[2] تصحيح البيوع كلها ذكر في أول باب الطويل أنه يجعل آخر المقبوض[3] على قوله، وذكر في آخر باب الطويل أنه يجعل أول المقبوض، قالوا: وليس في المسألة اختلاف الروايتين، لكن ما ذكر في أول الباب جواب القياس، وما ذكر في آخره جواب الاستحسان.

وأما إذا كان المبيع في يد الثالث، والمسألة بحالها إن ادعى كل واحد منهما من

(١) وفي ظ: «القبوض».

(٢) وفي ظ: «القبوض».

(٣) وفي ظ: «القبوض».

تعذر التقدم وجب القضاء بالمبيع بينهما نصفان ، إلا أنهم متى شهدوا بالعقد دون القبض ، فإنه يقضي لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الثمن ؛ لأن كل واحد منهما إنما سلم نصف المبيع ، فلا يستحق إلا نصف الثمن ، ومتى شهدوا بهما ، فإنه يقضي لكل واحد منهما على صاحبه بجميع الثمن ؛ لأنه يثبت بالبينة العادلة أن كل واحد منهما سلم جميع المبيع إلى صاحبه ، فيستحق جميع الثمن .

وإذا كان أحد الثمنين أنقص من الآخر إن لم يشهدوا بالقبض ، فإنما يجوز بيع كل واحد منهما في النصف ؛ لأن كل واحد منهما إنما قدر على تسليم نصف المبيع لا غير ، وإن شهدوا بالعقد والقبض ، فإنه يقضي بالعقدين ؛ لأنه إن تعذر تقديم أحدهما على الآخر من حيث القبض المعاين أمكن من حيث إنا إذا قدمنا شراء الذي اشترى بخمسمائة يصح شراء الآخر منه بعد ذلك ؛ لأنه يصير مشتريًا ما اشترى من صاحبه بعد القبض بأكثر من الثمن الأول قبل نقد الثمن ، وإنه جائز ، فيجوز العقدان .

والمعنى لأبي حنيفة وأبي يوسف : أنه لم يثبت سبق أحد الشرائين بعينه على الآخر ؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك ، ولا يجوز أن يثبت السبق بالقبض إنما يثبت ذلك إذا ادعيا الشراء من واحد . فأما إذا ادعياه من اثنين لا يثبت السبق بالقبض ، بل يقضي بالعين بينهما نصفين ، وههنا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل غير الذي ادعاه صاحبه ، فلا يثبت السبق بالقبض ، ولا يجوز إثبات سبق شراء ذي اليد تحريًا لجواز الشرائين ؛ لأن التقديم بهذا الاعتبار إنما يثبت من حيث الظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع ، ولا يثبت حجة للاستحقاق ، وإذا تعذر إثبات الشرائين ، تهاترت البينتان .

وكذلك إذا شهدوا بالشراء والقبض يتهاتر البينتان أيضًا ؛ لأن تقديم شراء الخارج ، هنا لو ثبت إنما يثبت بنوع من الظاهر على ما قال : والظاهر يصلح حجة للدفع ، ولا يصلح حجة للاستحقاق ، وإذا تعذر التقديم يتعذر القضاء بهما ، فيتهاتر البينتان ضرورة ، وهذا إذا لم يؤرخا ، فإن أرخ أحدهما ، ولم يؤرخ الآخر فكذلك الجواب ، وإن أرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق ، إن كان أسبقهما تاريخًا الخارج ، وقد شهدوا بالقبض مع الشراء ، قضى بالعقدين ، ويقضي بالدار لآخرهما تاريخًا ، وهو صاحب اليد ، وإن شهدوا بالشراء ، ولم يشهدوا بالقبض ، ذكر شيخ الإسلام : أنه يقضي بالدار لذي اليد ،

وهل يقضى بالعقدين؟ على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يقضى، وعلى قول محمد: لا يقضى.

١٦٧٨٦- إذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى المسائل، فنقول: وضع محمد في الجامع المسألة في الشراء أولاً فقال: دار في يدي رجل ادعاها رجل أنه اشتراها من ذي اليد بألف درهم، وأقام البينة على ذلك، وادعى ذو اليد أنها داره، اشتراها من المدعي بألف درهم، وأقام البينة على ذلك، فالمسألة على الاختلاف والتفصيل الذي ذكرنا.

ثم وضع المسألة في البيع، فقال: دار في يدي رجل أقام رجل البينة أنها داره باعها من ذي اليد بألف درهم، وأقام ذو اليد بينة أنها داره باعها من هذا المدعي بألف درهم، فعلى قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف: تتهاتر البينتان لما قلنا.

وقد أشار محمد في الكتاب إلى نكتة أخرى، وهو أن كل واحد منهما أثبت إقرار صاحب الدار له؛ لأن كل مشتر مقر أن الملك فيما اشترى لبائعه بمنزلة ما لو ادعى كل واحد منهما الإقرار من جهة صاحبه.

فإن قيل: على قياس قولهما يجب أن تقبل البينتان إذا شهد كل فريق للمدعي بالبيع والقبض؛ لأنه لا حاجة ههنا إلى القضاء بالبيع والتسليم، وإنما الحاجة إلى القضاء بالثمن. هذا كما ذكرنا في عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه باعه من ذي اليد بألف درهم، وأقام رجل آخر بينة أنه باعه من ذي اليد بألف درهم، فإنه يقضي لكل واحد منهما على ذي اليد بجميع الثمن، وطريقه ما قلنا. هذا هكذا إذا صح دعوى كل واحد منهما وهنا لم يصح للتعارض؛ لأن كل واحد منهما ادعى على صاحبه مثل ما ادعى صاحبه عليه، فصار وجوده والعدم بمنزلة.

١٦٧٨٧- دار في يدي رجل يسمى محمداً، وادعى رجل يسمى بكراً أن الدار داره اشتراها من هذه المرأة بألف درهم، وادعت امرأة أنها دارها اشترتها من بكر، وادعى محمد أنه اشتراها من بكر، وأقاموا جميعاً البينة إلا أن الشهود لم يؤرخوا، ولم يشهدوا بالقبض، إنما شهدوا بالشراء، فعلى قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف بينة المرأة وبينة البكر باطلتان؛ لأن كل واحد منهما ادعى الشراء من صاحبه، وتقبل بينة

محمد؛ لأنه تفرد بإقامة البينة، ولا دافع لبينته، فيقبل بينته، ويقضي بالدار له شراء من بكر، ويقضي عليه بالثمن لبكر.

فإن قيل: كيف يقضي بشراء محمد من بكر؟ ولم يثبت الملك لبكر.

قلنا: ملك بكر ثبت بإقرار محمد بتلقي الملك من جهة بكر، وهذا الإقرار صحيح لكونه صاحب يد، ثم بينة محمد يثبت شراء محمد من بكر، وعلى قياس قول محمد: يقبل بينة بكر على المرأة، ويقضي بالدار له شراء من جهة المرأة، ويقبل بينة محمد على بكر، ويبطل بينة المرأة على بكر؛ لأن الدار كانت في يد محمد من حيث الحقيقة إلا أنها من حيث الحكم والتقدير كأنها في يد بكر؛ لأن محمداً يقر بأن اليد والملك في هذه الدار كان لبكر، وأنه استفاده من جهة بكر، ولم يدع بكر مثل ذلك حتى يبطل إقرار محمد بالتعارض والتدافع من جهة محمد، فصح إقرار محمد لبكر.

١٦٧٨٨- ولو كانت الدار في يد بكر حقيقة كان الجواب على نحو ما بينا أن بينة المرأة وبينة بكر باطلتان، وبينة محمد مقبولة.

١٦٧٨٩- وإن كانت الدار في يد المرأة، والباقي بحاله، فعلى قولهما البينات كلها باطلة. أما بينة المرأة على بكر وبينة بكر على المرأة، فلا إشكال فيه، وأما بينة محمد على بكر ففيه نوع إشكال، ويجب أن تقبل بينته محمد على بكر؛ لأنه ادعى حادثاً، وأثبته بالبينة، ولا دافع لبينته، قلنا: محمد أثبت الشراء ببينته من بكر إلا أن قبض بكر ما اشترى من المرأة لم يثبت، فصار بكر بائعاً ما اشترى قبل القبض.

فإن قيل: ثبت قبض بكر بإقرار المرأة، فإنها أقرت أنها تلقت الملك من جهة بكر، فتكون مقرة أنها استفادت الملك واليد من جهة بكر، فيجعل كون الدار في يد المرأة كون الدار[1] في يد بكر، كما في الفصل الأول.

قلنا: إن إقرارها لم يصح لما ادعى بكر أنه تلقى الملك من جهتها، ولا يثبت قبض بكر بإقرار المرأة.

فإن قيل: كيف يستقيم أن يقال: هذا لهما، وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما، ومحمد وضع المسألة في العقار.

---

(١) هكذا في ط، وكانت في الأصل وف و م: لكون الدار.

قلت: اختلفت عبارة المشايخ في هذا المقام، فعبارة بعضهم أنه يحتمل أن محمداً حين فرع هذه المسألة، وطلب تفريعها على حسب ما يجري حسبت له وضع المسألة في القولين، وبعضهم من قال: إنما فرع هذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، فبيع العقار قبل القبض، على قول أبي حنيفة الأول، لا يجوز، ومحمد لم يثبت قول أبي حنيفة الأول في بيع العقار قبل القبض في شيء من الكتب، وإنما أثبته في الجامع في هذه المسألة، ومنهم من قال: أراد محمد رحمه الله التفريع على قياس قولهما لو كانا لا يريان جواز بيع العقار قبل القبض.

فإن قيل: إن استقام ما ذكر محمد من الحكم على قولهما على ما ذكرتم من التأويلات إلا أن التعليل الذي ذكر محمد في الكتاب لهما: أن شراء محمد من بكر لم يصح؛ لأنه اشترى من بكر قبل القبض لا يصح؛ لأن امتناع جواز شراء محمد من بكر عندهما إنما كان لعدم القبض، وإنما كان لعدم الملك؛ لأن بينة بكر على المرأة لما بطلت لم يثبت الملك لبكر، لا سابقة ولا لاحقة، لا بإقرار المرأة على ما بينا.

قلنا: امتناع بيع محمد من بكر له علتان: إحداهما: ما ذكر محمد. والثانية: ما ذكرنا أنه لا يثبت الملك لبكر، والحكم إذا كان له علتان جاز للمعلل أن يذكر إحداهما، ويترك الأخرى؛ لأن إحداهما يكفي لإثبات الحكم.

هذا كله قولهما، وأما على قول محمد: يجوز شراء المرأة من بكر، وشراء بكر من المرأة، وأما إذا شهدوا بالعقد [والقبض، وكانت الدار في يد محمد، وباقي المسألة بحالها، فالجواب فيه عندهما كالجواب فيما إذا لم يشهدوا بالقبض، إنما شهدوا بالعقد](1) لا غير، وعند محمد: يقضي بالبيوع كلها. وهكذا الجواب فيما إذا كان الدار في يد بكر، فأما إذا كانت الدار في يد المرأة، فإن على قول محمد: يحكم بجواز البيوع كلها، وعلى قولهما: تقبل بينة بكر ومحمد، ولا تقبل بينة المرأة.

١٦٧٩٠- قلنا: وما ذكر أن على قولهما بينة البكر مقبولة مشكل، وينبغي أن لا تقبل بينته، كما في الفصلين الأولين، وهو ما إذا كانت الدار في يد محمد، أو في يد بكر، والجواب: وهو الفرق بين هذا الفصل وبين الفصلين الأولين بينة بكر [إنما لا يقبل

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من: "ط".

جواز شراء محمد منه؛ لأن شراء محمد منه يجوز من غير بينة متى كانت الدار في يد بكر بظاهر يده؛ لأن اليد يدل على الملك، وكذلك إذا كانت الدار في يد محمد فبينة بكر لا تثبت جواز شراء محمد منه؛ لأن محمدًا مقر أن اليد في هذه الدار كانت لبكر لما ادعى محمد تلقي الملك من جهة بكر، وصح هذا الإقرار من محمد لما قلنا، فصار كون الدار في يد محمد، وكونها في يد بكر سواء، فهو معنى قولنا: إن بكرًا بينته لا يثبت جواز شراء محمد منه في الفصلين، والمرأة كذلك بينتها لا تثبت جواز شراء محمد، فكانت بينة بكر مساوية ومعارضة لبينتها فبطلتا، فأما إذا كانت الدار في يد المرأة، فبينة بكر تثبت جواز شراء محمد منه؛ لأنه متى لم يقم لبكر بينة على الشراء من المرأة لا يجوز شراء محمد من بكر؛ لأن الدار ليست في يد بكر، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الاعتبار بإقرار المرأة أن اليد كانت لبكر حيث ادعت تلقي الملك من جهة بكر؛ لأن إقرارها قد بطل لما أقر بكر لها بمثل ذلك، وإذا لم يثبت لبكر يد في هذه الحالة بوجه ما متى لم يقبل بينة على المرأة، لا يجوز شراء محمد من بكر، وكان في قبول بينة بكر جواز شراء محمد، فترجحت بينته على بينة المرأة، ولم يقع التعارض بينهما، فقبلت بينته لهذا.

١٦٧٩١ - عبد في يدي حر أقام مكاتب البينة أنه عبده باعه من هذه المرأة بألف درهم، وأقامت المرأة بينة أنه عبدها غصبه منها هذا المكاتب بعشرة أكرار حنطة وسط، وأقام الحر بينة أنه عبده اشتراه من هذا المكاتب بهذا الوصف، إلا أنهم لم يشهدوا بالقبض، فإن في قياس قول أبي حنيفة بينة المكاتب وبينة المرأة باطلتان؛ لما مر، وبينة الحر مقبولة، ويقضي بالعبد للحر شراه من المكاتب، وعلى قول محمد يقبل بينة المرأة على المكاتب، ويقبل بينة الحر على المكاتب، ولا تقبل بينة المكاتب على المرأة؛ لأن العبد في يد المكاتب حكمًا واعتبارًا، ولو كان في يده حقيقة يجعل قبضه أول القبضين، وإنما يكون أول القبضين إذا كان بيع المرأة سابقًا على بيع المكاتب، كأنه باعه منها، وقبض المكاتب، ثم أثبت الحر بينته أنه اشتراه من المكاتب، والمكاتب بينته أثبت أنه بعده من الحر، فيكون بينة الحر أولى؛ لأن الحر أشبه المدعين؛ لأنه يثبت الملك لنفسه، والمكاتب يثبت الملك لغيره، ولأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أن الحر اشترى من المكاتب، ثم ادعى المكاتب أنه باعه من المرأة، لا يسمع بينته؛ لأنه ساعي،

في نقض ما ثم به، ولأن الحر بينته تثبت إقرار المكاتب أنه باع العبد منه والمكاتب ببينته أثبت إقرار نفسه أنه باعه من المرأة، ولأن الحر ببينته أثبت أنه اشترى من المكاتب والمكاتب ببينته يثبت الإقرار[1].

١٦٧٩٢ - ولو ادعت المرأة الشراء من المكاتب والحر كذلك كانت بينة الحر أولى؛ لأن له قبض كذا ههنا، فإن كان العبد في يد المكاتب فالجواب فيه كالجواب في المسألة الأولى، إلا أن ههنا يحتاج المكاتب إلى تسليم العبد إلى الحر، ولا يجيء ههنا بعض علل المسألة الأولى، وهي العلة الأخيرة، وإنما تجيء العلل البواقي، وإن كان العبد في يد المرأة، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف البيوع كلها باطلة لوقوع التعارض بين البينات.

فإن قيل: كان يجب أن يقبل بينة المرأة؛ لأن لبينة المرأة زيادة رجحان؛ لأنها تثبت جواز بيع المكاتب من الحر.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن الشهود لم يشهدوا بالقبض، فيصير الحر مشترياً من المكاتب قبل القبض.

فإن قيل: كان ينبغي أن تقبل بينة الحر؛ لأنه لا دافع لبينته.

قلنا: نعم لا دافع لبينته إلا أنها قامت على إثبات شراء فاسد؛ لأنه لما بطلت بينة المرأة والمكاتب، فهو على قولهما للتعارض لم يثبت للمكاتب ملك، ولئن ثبت الملك للمكاتب بإقرار المرأة بأنه باعت منه إلا أنه لم يثبت القبض من المكاتب لما بينا، بخلاف الفصلين الأولين على ما مر.

وأما على قياس قول محمد يقبل بينة المكاتب على المرأة، ثم يقضى ببينة المرأة على إثبات البيع من المكاتب، ولا تقبل بينة الحر على إثبات الشراء من المكاتب.

١٦٧٩٣ - وأما إذا شهدوا بالعقد والقبض والعبد في يد الحر، فإن على قولهما بينة المرأة والمكاتب باطلتان للتعارض، وبينة الحر على المكاتب مقبولة، وأما على قول محمد: البينات كلها مقبولة، ويقضى بالبيوع كلها، وإن كان العبد في يد المكاتب، وباقي المسألة بحالها، فالجواب فيه عندهما كالجواب في الفصل الأول، وعند محمد الجواب فيه كالجواب في المسألة الأولى.

---

(١) وفي م: يثبت الشراء.

والفرق: أن تمة الذي ليس العبد في يده[1] يحتاج إلى إثبات ملكه في العبد بالبينة ليجوز بيعه؛ لأن الملك له في العبد غير ثابت، وذو اليد أثبت كذلك أيضاً إلا أن المذهب عندنا أن بينة الخارج أولى، فأما هنا فالمرأة الخارجة مستغنية عن إثبات الملك لنفسها في العبد ليجوز بيعها؛ لأن الملك لها ثابت في العبد بإقرار الحر، فكان بينة كل واحد منهما مشروعة على إثبات البيع لا على إثبات الملك، فكان بينة ذي اليد أولى؛ لأن بينته أكد، ولأنه أثبت بيع شيء في يده، ويقدر على تسليمه، والمرأة تثبت بيع شيء لا تقدر على تسليمه.

وإن كان العبد في يد المكاتب، والباقي بحاله، فإن على قولهما: بينة المكاتب والمرأة باطلتان، وبينة الحر مقبولة، وعلى قول محمد يقضي بالعبد كله للمكاتب نصفه شراء من جهة المرأة، ونصفه من جهة الحر؛ لأن العبد في يده، وقد تنازع فيه خارجان يدعي كل واحد منهما أنه باعه من المكاتب، وأقاما البينة، ولا مزية لإحدى البينتين على الأخرى.

فإن قيل: لماذا قدّم محمد بيع الحر وبيع المرأة من المكاتب، ولم يقدم بيع المرأة من المكاتب

قلنا: لأن الأصل عنده أن الشهود متى لم يشهدوا بالقبض يجعل القبض المعاين أول القبوض[2] بحكم البيع، وإنما يصير أول القبوض[3] إذا قدمنا على هذا الوجه، ويقضي لكل واحد منهما على المكاتب بنصف الثمن؛ لما عرف، ثم يقضي ببيع المكاتب جميع العبد من المرأة، فيؤمر المكاتب بتسليم العبد إلى المرأة، ولا خيار للمكاتب، وإن اشترى من كل واحد منهما جميع العبد، وقد سلّم له النصف؛ لأن خياره سقط بالبيع من المرأة، وكان يجب أن يقضي على المكاتب لكل واحد منهما بجميع الثمن؛ لأن العبد مسلّم إلى المكاتب.

١٦٧٩٥ - وقد ذكر هذه المسألة في باب الشهادات في البيوع من "الجامع".

(١) هكذا في ف، وكان في الأصل وف وم: "في ملكه".

(٢) هكذا في ف، وكان في الأصل وف وم: "المقبوض".

(٣) هكذا في ف، وكان في الأصل وف وم: "بالمقبوض".

ووضعها في الدار، فقال: دار في يدي رجل، أقام رجل البينة أنها داره باعها من ذي اليد بألف درهم، وأقام رجل آخر بينة أنها داره باعها من ذي اليد بمائة دينار، فالشراء لازم للمشتري، وعليه الثمنان.

قال مشايخنا: ولا يجب له الفرق، فيحمل ما ذكر في باب الشهادات جواب الاستحسان، وما ذكر ههنا جواب القياس.

وجه القياس: أن كل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك فيما باع عند المنازعة، وقد نازعهما ذو اليد في ذلك، فتقبل بينتهما، وإذا قبلت بينتهما، فقد استحق على كل واحد منهما نصف ما باع ببينة صاحبه، فصار كأن كل واحد منهما باع جميع العبد إلا أنه استحق منه النصف، فيسقط عنه نصف الثمن في حق كل واحد منهما.

وجه الاستحسان: أنه لم يستحق على كل واحد منهما شيء مما باع من المشتري؛ لأن حاجة كل واحد من البائعين في هذه الصورة إلى إثبات الملك على المشتري لا إلى إثبات[1] الثمن على المشتري لا إلى إثبات الملك فيما باع؛ لأن الملك فيما باع إنما يحتاج إليه ليقدر البائع على تسليمه، فيستوجب الثمن على المشتري، فإذا كان المبيع في يد المشتري استغنى كل واحد من البائعين عن تسليم ما باع، فاستغنى عن إثبات الملك لنفسه، وبينة المدعي إنما تسمع فيما يحتاج إلى إثباته لا فيما لا يحتاج إلى إثباته، وإذا لم تسمع بينة كل واحد من البائعين على إثبات الملك فيما باع لم يصر كل واحد من البائعين مستحقا عليه في شيء مما باع، فتقرر جميع الثمن لكل واحد منهما على المشتري، وإن كان المبيع شيئاً واحداً؛ لأن اجتماع الثمنين في ذمة المشتري بسبب مبيع واحد جائز على سبيل الترادف، بأن يشتري من أحدهما ثم يبيعه من الآخر، ثم يشتري منه.

١٦٧٩٦ - وإن كان العبد في يد المرأة، وباقي المسألة بحالها، فعلى قولهما: بينة المرأة والمكاتب باطلتان، وبينة الحر على المكاتب مقبولة، وعلى قول محمد كذلك الجواب؛ لأن الحر والمرأة ادعى كل واحد منهما أن العبد عبده، وقد باعه من المكاتب، والعبد عبد يسلم إلى المشتري، وهو المكاتب، فكان الحر محتاجاً إلى إثبات الملك في العبد ليمكنه التسليم إلى المشتري، والحر خارج والمرأة ذو اليد وبينة الخارج أولى.

---

(١) وفي م: نصف الثمن.

وأما إذا شهد الشهود بالعقد والقبض، فالمسألة على ثلاثة أوجه: وهو أن يكون العبد في يد الحر، أو في يد المكاتب، أو في يد المرأة، وتخريجها على نحو ما ذكرنا.

وما ذكر محمد من هذا الجنس، فتخريجه على نحو ما ذكرنا في أول هذا النوع أن العين الواحد إذا تنازع فيه اثنان ادعى كل واحد منهما أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم، وأنكر صاحبه، وأقام كل واحد منهما البينة على ما ادعاه، ولم يؤرخا والعين في يد الثالث أنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف على رواية باب الطويل من بيوع الجامع[1] يترك العين في يد الثالث قضاء ترك، وعلى رواية الباب القصير منه يقضي بالعين المدعى بين المدعيين نصفان، واختلف المشايخ فيما بينهم قال بعضهم: في المسألة روايتان: على رواية الباب القصير يقضي بالملك بينهما، وعلى رواية الباب الطويل: لا يقضي بالملك بينهما، وبعضهم قالوا: ما ذكر في الباب القصير قياس، وما ذكر في الباب الطويل استحسان، وبعضهم قالوا: اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع وضع المسألة في الباب الطويل أن كل واحد منهما ادعى البيع على صاحبه فقط، وعند التعارض في دعوى البيع يتهاتر البينتان، ووضع المسألة في الباب القصير إذا ادعى كل واحد منهما البيع والملك معًا، فإذا تعذر اعتبارهما في العقد أمكن اعتبارهما في الملك.

وجه ما ذكر في الباب القصير وهو القياس على قول بعض المشايخ أو إحدى الروايتين على قول البعض أن كل واحد منهما أقام البينة على ما يجوز القضاء به، وعلى ما لا يجوز القضاء به على قولهما؛ لأن كل واحد أقام البينة أن الدار ملكه، والدار في يدي الثالث، وهذا مما يجوز به بدليل أنه لو لم يدع كل واحد منهما البيع من صاحبه، فإنه يقضي بينهما نصفان، وعلى ما لا يجوز القضاء به، فإن كل واحد منهما أثبت بيع جميع الدار، وقد جهل التاريخ بينهما، فيجعل كأنهما وقعا معًا، بأن قال كل واحد منهما لصاحبه: بعت منك هذه الدار، وخرج الكلامان معًا، ولو كان هكذا كان البيعان باطلين؛ لأن الشخص الواحد في وقت واحد لا يتصور أن يكون بائعًا ومشتريًا لعين واحد لما فيه من التضاد، فيقضي بما يجوز القضاء به، وهو الملك، ولا يقضي بما لا يجوز القضاء به، وهو العقدان، ويجوز أن تقبل شهادة الشاهد في بعض ما شهد به كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، والمدعي يدعي أكثر المالين، قبلت شهادة

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل: بلبس مقدار وفي م: فليس منعدم.

اشهد بالألف والخمسمائة على الألف، كذا ههنا، بخلاف ما لو ادعى رجل داراً في يدي إنسان أنه اشتراها من ذي اليد بألف درهم، وادعى ذو اليد أنه اشتراها من الخارج بمائة دينار، وأقاما البينة، ولم يؤرخا، فإن هناك تتهاتر البينتان، وتترك الدار في يدي ذي اليد قضاء ترك[1] على قولهما؛ لأن هناك بينة ذي اليد يعارض بينة الخارج؛ لأن كل واحد ببينته أثبت؛ لأن كل بينة أثبت إقرار صاحبها أن الدار كانت لصاحبه؛ لأن كل مشتر مقر أن المشتري كان ملك بائعه وأنه يستفيد من جهته وجهل التاريخ بين الإقرارين، فبطلتا وترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك، فأما ههنا ذو اليد ما أثبت إقرار أحد المدعيين أن الدار له، فوجب القضاء بالدار بينهما نصفان.

وجه ما ذكر في الباب الطويل وهو الاستحسان على قول بعض المشايخ، أو إحدى الروايتين على قول بعض المشايخ: إن الأمر على ما قلنا، إلا أنه تعذر القضاء بشهادتهم في الكل؛ لأن كل فريق فيما شهد نسب نفسه إلى السهو والغفلة؛ لأنه شهد لمدعيه في غير الوقت الذي شهد به الآخر، إذ لو عاينا البيعين معاً في وقت واحد لكان لا يحل لهم أن يشهدوا بالبيع؛ لأنه لا يكون داخلاً، فقد اتفق الفريقان أن البيعين كانا في وقتين مختلفين إلا أنهما جهلا ذلك، ونسياه، وشهادة المغفل لا تقبل، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فأما على قول محمد: يقضي بالدار بينهما نصفان، ويقضي لكل واحد منهما على صاحبه بنصف ما أقر له من الثمن؛ لأن كل واحد منهما يستحق نصف الدار.

١٦٧٩٧ - ولم يذكر في الباب القصير أن على قول محمد: هل يخير كل واحد من المشتريين؟ وذكر في الباب الطويل: أنه يخير إن شاء أخذ نصف الثمن وإن شاء تركه.

واختلف المشايخ فيه منهم من قال: فيه المسكوت يحمل على المنطوق، ومنهم من قال: ما ذكر في الباب الطويل جواب القياس وما ذكر في الباب القصير جواب الاستحسان، وظاهر المسكوت يدل على أنه لا خيار لهما.

---

(١) في نسخة ب: والأصل ... وهو من قوله: قضاء ترك على قولهما؛ لأن هناك بينة ذي اليد يعارض بينة الخارج؛ لأن كل واحد ببينة أثبت ... وفي نسخة م: موجود

وجه القياس في ذلك: أن كل واحد منهم أثبت على صاحبه أنه باع منه جميع الدار، ولم يسلم له إلا النصف، فيتخير، كما لو ادعى رجلان شراء عين من واحد، ولم يؤرخا، وليس لأحدهما قبض، فإنه يقضي بينهما نصفان، ويكون لكل واحد منهما الخيار ثابتا، كذا ههنا.

وجه الاستحسان: أن كل واحد أثبت على صاحبه البيع في جميع الدار، إلا أن النصف من ذلك إنما يستحق على كل واحد منهما ببينة من هو صاحبه، فإن الأكبر لو باع نصف الدار من الأصغر والأصغر كذلك، وفي مثل هذا لا يثبت الخيار - والله أعلم - .

نوع آخر من هذا الفصل في الرجلين يدعيان الملك بسببين مختلفين في عين واحد:

١٦٧٩٨ - فمن جملة صوره: إذا ادعى أحدهما الهبة مع القبض، وادعى الآخر الشراء، وإنه على وجهين: إن ادعيا ذلك من جهة اثنين، والعين في يد ثالث، أو في أيديهما، والجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعيا ملكًا مطلقًا سواء؛ لأن كل واحد منهما يثبت الملك لملّاكه مطلقًا، ثم يثبت الانتقال إلى نفسه، وكان بمنزلة ما لو حضر المالكان وادعيا لأنفسهما ملكًا مطلقًا، وأقاما البينة، ففي كل موضع ذكرنا في دعوى الملك المطلق أنه يقضي بينهما نصفان، فههنا يقضي بينهما نصفان أيضًا.

قال شيخ الإسلام: إنما يقضي بينهما نصفان إذا كان المدعى به شيئًا لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة وأشباههما، أما إذا كان المدعى به شيئًا يحتمل القسمة، يقضي بالكل لمدعي الشراء؛ لأن مدعي الهبة أثبت هبة فاسدة؛ لأنه أثبت الهبة في الكل، واستحق الآخر النصف عليه بالبينة، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة، فلا تقبل بينة الهبة، فصار كأن مدعي الشراء تفرد بإقامة البينة، والصحيح أن المشاع الذي يحتمل القسمة والذي لا يحتمل القسمة في ذلك على السواء؛ لأن مدعي الهبة أثبت الهبة في الكل، إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له البعض، وهذه المزاحمة بعد القبض، فكان شيوعًا طارئًا، وإنه لا يبطل الهبة.

وإن ادعيا ذلك من جهته وجهة واحد، والعين في يد ثالث ولم يؤرخا، أو أرخا وتاريخهما على السواء، فالشراء أولى؛ لأن الشراء يوجب الملك بعوض، والهبة توجب الملك بغير عوض، فإذا احتجنا إلى نقض أحدهما كان نقض ما يوجب الملك بغير عوض، وفيه تقليل النقض أولى من نقض ما يوجب الملك بعوض وفيه تكثير النقض.

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فالمؤرخ أولى أيهما كان، أما إذا كان المؤرخ مدعي الشراء فظاهر؛ لأنه من غير تاريخ الشراء هو أولى، فمع تاريخ الشراء أولى أن يكون أولى، وأما إذا كان المؤرخ مدعي الهبة، فلأن الشراء متأخر معنى؛ لأن الشراء حادث، والأصل أن يحال حدوثه على أقرب الأوقات إذا لم يتضمن إحالته على أقرب الأوقات نقض ما هو ثابت بنفسه من حيث المعاني، والحكم بإحالة الشراء على أقرب الأوقات، وههنا لا يتضمن ذلك، فجعلنا الشراء المطلق حادثًا للحال، وهو معنى قولنا: الشراء متأخر معنى، فيعتبر بما لو كان متأخرًا حقيقة، وهناك يقضي لمدعي الهبة كذا ههنا، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى.

وإن كان العين في يد أحدهما، فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق، فحينئذ يقضى للخارج، فإن كان العين في أيديهما، فهو بينهما إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فحينئذ يقضى لأسبقهما تاريخًا.

والجواب في الصدقة والقبض مع الشراء إذا اجتمعا كالجواب في الهبة والقبض مع الشراء؛ لأن الصدقة لا تفيد الملك قبل القبض، وتفيد الملك بغير عوض كالهبة، وإذا اجتمعت الهبتان مع القبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان، وإن اجتمعت الهبة مع القبض والصدقة مع القبض، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمعت الشراءان، وسيأتي هذه المسألة في آخر الباب -إن شاء الله تعالى-.

وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى؛ لأن الصدقة يوجب ملكًا لازمًا، والهبة يوجب ملكًا غير لازم، ونقض ما ليس بلازم وفيه تقليل النقض أولى، والجواب: أن الهبة إن كانت من ذي رحم محرم، فهي لازمة كالصدقة، وإن كانت من أجنبي إذا لم تكن لازمة، ففيها عوض مشروط عرفًا، ولهذا يثبت للواهب حق الرجوع ما لم يعوض

عنها، ففي نقض الصدقة إن كان نقض اللزوم، ففي نقض الهبة نقض العوض من وجه فاستويا.

١٦٧٩٩ - وإذا اجتمع الشراء والرهن، فالشراء أولى؛ لأن الشراء أقوى؛ لأنه يفيد الملك بنفسه، والرهن لا يفيد الملك في الحال، وإذا اجتمع الرهن والهبة والصدقة، فالرهن أولى استحساناً؛ لأن الرهن يتعلق به الضمان، فكان قبضه مضموناً، وقبض الهبة والصدقة ليس بمضمون.

١٦٨٠٠ - وإذا اجتمع النكاح والهبة والرهن والصدقة، فالنكاح أولى؛ لأن النكاح عقد معاوضة يفيد الملك بنفسه كالشراء، ولو اجتمع الشراء مع كل واحد من هذه الأشياء، كان الشراء أولى، فههنا كذلك.

١٦٨٠١ - وإذا اجتمع الشراء والنكاح، فعلى قول محمد: الشراء أولى إذا لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء؛ لأن الشراء مبادلة مال بمال يوجب الضمان في العوضين، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال لا يوجب الضمان في المنكوحة، فكان الشراء أقوى من هذا الوجه، وعلى قول أبي يوسف: إذا لم يؤرخا، أو أرخا، وتاريخهما على السواء، يقضى بينهما نصفان، وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان؛ لأن الشراء مع النكاح يستويان من حيث إن كل واحد منهما يفيد الملك بنفسه، وللنكاح قوة من وجه من حيث إن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكداً حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم، ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف الشراء، فإن لم يترجح جانب النكاح لا أقل من أن يثبت المساواة.

١٦٨٠٢ - وإن ادعى رجل هبة مقبوضة في دار أو عبد، وادعى آخر صدقة مقبوضة، وأقاما البينة، فإن وقت بينة أحدهما، فصاحب الوقت أولى. وإن لم يوقت بينة أحدهما، أو وقت بينة كل واحد منهما، ووقتهما على السواء، ففيما لا تحتمل القسمة يقضى بينهما نصفان بالاتفاق، وفيما يحتمل القسمة نحو الدار، وأشباهها تبطل البينتان جميعاً؛ لأنا لو عملنا بهما قضينا لكل واحد بالنصف والهبة والصدقة في مشاع تحتمل القسمة لا يجوز.

قيل: هذا قول أبي حنيفة، فأما على قول أبي يوسف ومحمد: ينبغي أن يقضى

لكل واحد بالنصف على قياس هبة الدار من رجلين.

قيل: ينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف بالإجماع؛ لأن كل واحد منهما أثبت الهبة في الكل، ثم الشيوع بعد ذلك طارئ، وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الأصح عندي أن ما ذكر في الكتاب قول الكل؛ لأنا لو قضينا لكل واحد بالنصف، فإنما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده عند اختلاف العقدين هبة الدار من رجلين لا يجوز.

في «المنتقى»: دار في يدي رجل أقام رجل بينة أني كنت ادعيت هذه الدار وأن صاحب اليد صالحني منها على مائة درهم، وأقام الذي في يديه الدار أنه أبرأه من حقه من دعواه في هذه الدار، فبينة الصلح أقوى؛ لأنها أكثر إثباتًا.

نوع آخر من هذا الفصل في الخارجين يدعيان الشراء من واحد ويدعي أحدهما مع الشراء إعتاقًا، ويدخل فيه إذا ادعى رجل الشراء على من في يده رقيق، وادعى الرقيق الإعتاق أو التدبير أو الكتابة أو الاستيلاد:

١٦٨٠٢- رجل ادعى أمة في يد رجل أنه اشتراها من صاحب اليد بألف درهم، وأنه أعتقها، وأقام على ذلك بينة، وأقام آخر بينة أنه اشتراها من صاحب اليد بألف، ولم يذكر الإعتاق، فصاحب العتق أولى، هكذا ذكر المسألة في أول كتاب الدعوى، وهذا لأن الإعتاق قبض حكمًا لما نبين، فقد ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة، ولأحدهما قبض مشهود به، وهو مدعي العتق، فكان أولى، وسيبين شرح هذا الكلام في المسألة التي تلي هذه المسألة -إن شاء الله- ولم يذكر ثمة ما إذا كان مدعي الشراء قبض العبد، فلو كان قبض العبد كان هو أولى، بدليل المسألة التي تليها.

وصورتها: رجل له عبد، أقام العبد بينة، أن المولى أعتقه، وأقام رجل آخر بينة، أن المولى باع العبد منه بألف درهم، فإن لم يكن المشتري قبض العبد، فبينة العبد أولى؛ لأنهما يدعيان تلقي الملك من جهة ثالثة، ولأحدهما قبض مشهود به، وهو العبد، ولا

الولد بعد الشراء، بأن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء، لا يجب نقضه، فلا يجب نقضه بالشك، فصار كما في دعوى التدبير.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن دعوى العتق والتدبير إنما لا ينقض قبض المشترى لأن قبضه ثابت حقيقة وقع الشك في نقضه إذا لم يعرف التاريخ؛ لأنه إذا لم يعرف التاريخ يحتمل أن العتق والتدبير لاحقان، وعلى هذا التقدير لا ينقض قبض المشترى، فلا ينقض قبضه بالشك.

وفي دعوى الاستيلاد لو نقضنا قبض المشترى نقضناه بيقين لا بالشك، بيانه: أن دعوة البائع قد ثبت بالبينة إلا أنه يحتمل أن يكون دعوته قبل البيع، وعلى هذا التقدير يجب نقض قبض المشترى؛ لأنه صار بائعًا أم ولده، وإن كان دعوته بعد البيع، وقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فكذلك يجب نقض المشترى، وإن جاءت لستة أشهر فكذلك يجب نقض قبض المشترى أيضًا؛ لأن موضوع المسألة أن المدعي ادعى شراء الجارية، ولم يدّع الولد، فيبقى الولد على ملك البائع، وصار مسألتنا، رجل له جارية ولدت ولدًا، فباع المولى الجارية، ثم ادعى نسب الولد بستة أشهر، وهناك تصح دعوته، وإذا صحت دعوة البائع على كل حال، وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء أو لستة أشهر، ورجب نقض قبض المشترى على كل حال، لمقد تيقنا بنقض قبضه، والقبض المعاين يجوز أن ينقض، ألا ترى أن في دعوى الشراء من ثالث إذا أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق، وللآخر قبض معاين، يقضى للخارج، وينقض قبض الآخر، كذا ههنا.

ولو وقتت بينة المشترى وقتًا قبل الحبل بثلاث سنين، كانت بينة المشترى أولى اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت معاينة، وكذلك الجواب في العتق والتدبير إذا أرّخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخًا اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت معاينة.

وإذا أقام عبد البينة، أن مولاه أعتقه وهو ينكر ذلك، أو يقر، وأقام آخر بينة أنه عبده، قضى للذي أقام البينة أنه عبده؛ لأن شهود العتق شهدوا بعتق باطل؛ لأنهم لم يقولوا: في شهادتهم، وفلان يملكه، والملك لفلان لا يثبت من غير شهادة، والعتق بلا ملك عتق باطل، فصار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة، ولو عدم هذه البينة لكان يقضى

للذي أقام البينة أنه عبده، كذا ههنا.

وكذلك لو شهدوا أن فلانًا أعتقه وهو في يده، يقضي للذي أقام البينة أنه عبده، كذا ههنا؛ لأن ثبوت العتق يعتمد الملك دون اليد، والشهود لم يشهدوا له بالملك، وإن شهد شهود العبد أن فلانًا أعتقه وهو يملكه، وشهد شهود الآخر أنه عبده، قضي ببينة العتق؛ لأن إثبات العبد نفسه لعتقه كإثبات المعتق الملك لنفسه بنفسه.

ولو أن المولى أقام بينة أنه عبده أعتقه، وأقام رجل آخر بينة أنه عبده قضي ببينة العتق؛ لأن البينتين استويا في إثبات الملك، وفي أحدهما زيادة إثبات العتق[1]، كذا ههنا. وكذلك لو أقام العبد أن فلانًا دبره، وهو يملكه، وأقام الآخر[2] بينة أنه عبده، قضي ببينة التدبير كما لو أقام المولى بنفسه بينة أنه عبده دبره. وأقام الآخر بينة أنه عبده، يقضي ببينة المولى.

ولو أقام العبد بينة أن فلانًا كاتبه وهو يملكه، وأقام الآخر بينة أنه عبده يقضي للذي أقام البينة أنه عبده، ألا ترى أنه لو أقام الذي في يديه بينة أنه ملكه كاتبه، وأقام الآخر بينة أنه عبده قضي للذي أقام البينة أنه عبده، كذا ههنا. فقد فرق بينما إذا ادعى صاحب اليد لنفسه الملك مع الكتابة، وادعى الخارج لنفسه ملكًا مطلقًا، وبينما إذا ادعى صاحب اليد لنفسه الملك مع الإعتاق أو التدبير، وادعى الخارج ملكًا مطلقًا.

والفرق: أن دعوى التدبير من ذي اليد بمنزلة دعوى النتاج من حيث المعنى؛ لأنه يوجب الولاء، والولاء كالنسب، والنسب في معنى النتاج، ولو ادعى صاحب اليد النتاج حقيقة، وادعى الخارج ملكًا مطلقًا، وأقاما البينة، كانت بينة صاحب اليد أولى، أما دعوى الكتابة من ذي اليد فليس بمنزلة دعوى النتاج، لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث المعنى؛ لأن الكتابة ليست سببًا للولاء في الحال، ولهذا يقبل الفسخ، فيكون بمنزلة دعوى البيع والإجارة. وبدعوى صاحب اليد الإجارة أو البيع لا يترجح بينته على بينة الخارج في دعوى الملك، كذا ههنا.

---

(١) هكذا في "ظ"، وفي الأصل سقطت من قوله: "زيادة إثبات ..." إلى قوله: "أنه عبده".

(٢) في نسخة "ظ": ... على الآخر.

ومما يتصل بمسائل العتق:

١٦٨٠٤ - عبد في يدي رجل، أقام رجل البينة أنه له أعتقه، وأقام آخر البينة أنه حر الأصل، وأنه والاه وعاقده، فصاحب الموالاة أولى، ذكره في دعاوى «المنتقى».

١٦٨٠٥ - وفيه أيضاً: عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه له أعتقه وهو يملكه، وأقام آخر بينة أنه أعتقه وهو يملكه، فإن ادعى العبد عتق أحدهما فبينته أولى، وإن كذبهما جعلت ولاءه بينهما نصفين، ولو أقام كل واحد منهما بينة أنه أعتقه على ألف درهم وهو يملكه، لم يلتفت إلى تصديق العبد وتكذيبه، وقضيت بولاءه بينهما، ولكل واحد منهما عليه ألف درهم، وإن ذكر إحدى البينتين مالاً، ولم يذكر الأخرى مالاً، فالبينة بينة المال، وولاءه له، ولا أبالي أصدقه العبد أو كذبه.

١٦٨٠٦ - وفيه أيضاً: شاهدان شهدا على رجل أنه غصب هذا عبداً وأن مولاه أعتقه، وقال المشهود عليه بالغصب: ما غصبته عبداً ولا أعتقه والعبد حي، فإني أنفي حق العبد، وأبرئ الغاصب عن الضمان، وإن لم يدع الغاصب ذلك، علل، فقال: لأن العتق حق العبد يدعيه، ويقوم به، فأعتقه بالشهادة.

١٦٨٠٧ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل في يديه عبد ادعى ابن له، وأقام البينة أن أباه تصدق به عليه، وهو صغير في عياله، وأقام العبد بينة أن الأب قد أعتقه، قال: أقبل بينة العتق، ولو شهدوا أنه تصدق به أو وهبه لابنه الكبير هذا، وقبضه وعاينوا قبضه إياه، وشهد شهود العبد أنه أعتقه، ولم يوقتوا أجزت الصدقة وأبطلت العتق.

١٦٨٠٨ - وفي «المنتقى»: رجل شهد على رجل أنه أعتق غلامه وهو مريض، وقال الوارث: كان يهذي حين دخل عليه الشهود، ولم يقر الوارث بالإعتاق، قال: القول قول الوارث حتى يشهد الشهود أنه كان صحيح العقل، ولو أقر الوارث بالعتق إلا أنه ادعى أنه كان يهذي، فالقول قول الغلام، وهو حر حتى يقيم الوارث البينة أنه كان يهذي.

الفصل الخامس
في دعوى البيع والشراء

١٦٨١٣ - إذا كانت الدار في يدي رجل، وادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من زيد، وأقام على ذلك بينة، وذو اليد أقام البينة أنه اشتراها من زيد، والمدعي هو الأول، أي تاريخ الخارج أول، فإنه يقضي بها للخارج، وقد مرت المسألة من قبل، فقد قيل: البينة من الخارج وإن قامت على البائع الغائب إذ[1] قبلتها؛ لأنها قامت على خصم حاضر؛ لأن الذي في يديه الدار يدعي الملك لنفسه، ومن ادعى شراء عين من غائب، والعين في يد الحاضر، والحاضر يدعي الملك لنفسه، ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، عرف ذلك في مواضع كثيرة.

وإذا قضينا بالشراء للخارج، هل للخارج أن يقبض الدار من صاحب اليد؟ فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما أن ثبت نقدهما الثمن عند القاضي بإقرار البائع، أو بمعاينة القاضي، أو لم يثبت نقدهما، أو ثبت نقد أحدهما الثمن دون الآخر، فإن ثبت نقدهما الثمن عند القاضي، فإنه يسلم الدار إلى الخارج؛ لأن الشراء أثبته بينة الخارج لما ذكرنا، ونقد الثمن ثبت عند القاضي بإقرار البائع، أو بالمعاينة، فيمكنه القاضي من قبض الدار، ولا يكون لذي اليد أن يحبس الدار حتى يستوفي ما نقد للبائع؛ وإن ثبت نقده الثمن عند القاضي؛ لأن ما نقده ذو اليد للبائع صار دينًا له على البائع عند الاستحقاق، وما في يده من الدار ملك غير المديون، ولو كان ملك المديون لم يكن له أن يحبسها بحقه، فههنا أولى.

وإن لم يثبت نقد واحد منهما الثمن بإقرار البائع، أو بمعاينة، فإن القاضي لا يسلم الدار إلى الخارج، حتى يستوفي الثمن منه، وذلك لأن القاضي نصب ناظرًا للمسلمين، وكما نظر للخارج بسمع بينته على الشراء يجب أن ينظر للغائب، ويستوفي منه الثمن، ثم يأمره بقبض الدار.

(١) هكذا في ب، وم، وكان في الأصل: «إذا»، وكان في ظ: «إذا».

وإن ثبت نقد أحدهما عند القاضي إما بإقرار البائع، أو بالمعاينة إن ثبت نقد الخارج، فإنه يسلم الدار إليه؛ لأنه ثبت الشراء بالبينة، ونقده الثمن بإقرار البائع، أو بالمعاينة، فيسلم الدار إليه، ولا يكون لذي اليد شيء؛ لأنه لم يثبت نقده الثمن للبائع عند القاضي، والمشتري لا يجب له على البائع شيء عند الاستحقاق إذا لم يكن نقد الثمن.

فأما إذا ثبت نقد ذي اليد بإقرار البائع، أو بمعاينة القاضي، ولم يثبت نقد الخارج، فإن القاضي لا يسلم الدار إليه حتى يستوفي منه الثمن؛ لأنه وإن ثبت الشراء عند القاضي لم يثبت نقد الثمن، والمبيع لا يسلم للمشتري إلا بعد نقد الثمن، فيستوفي الثمن منه، ثم هل يعطي ذا اليد مما قبض من الثمن من الخارج ما وجب لذي اليد على البائع من الثمن عند الاستحقاق؟ فأما[1] إن كان الثمنان من جنسين مختلفين، فإنه لا يعطي منه، وذلك لأن البائع إن كان حاضراً لم يكن له أن يأخذ ذلك بغير رضى البائع، فكذا إذا كان غائباً، لا يكون للقاضي أن يعطيه، فأما إذا كانا من جنس واحد، فإنه يعطيه مما قبض تمام حقه، ثم إن فضل شيء أمسكه على البائع، وإن بقي[2] من حق ذي اليد شيء اتبع البائع إذا حضر، وذلك لأن القاضي عنده يوجب دين ذي اليد على البائع وما قبض من جنس حقه، فكان له أن يعطيه ذلك بغير رضى البائع، ألا ترى أنه لو كان البائع حاضراً كان له أن يأخذ بغير رضاه، فكذلك ههنا.

هذا إذا ثبت نقد ذي اليد بإقرار البائع عند القاضي أو بالمعاينة، فأما إذا أراد ذو اليد أن يقيم البينة على نقده الثمن للبائع، فإنه لا يسمع بينته؛ لأنه يثبت البينة على غائب بإثبات دين عليه، وليس عن الغائب خصم حاضر، فلا تسمع بينته؛ لأن القضاء على الغائب بالبينة باطل، ويكون بمنزلة رجل قال: أنا أقيم البينة على غائب أن لي عليه ديناً، حتى آخذه من وديعة له عند فلان، أو قالت امرأة: أنا أقيم البينة على أنها امرأة فلان الغائب لآخذ النفقة من مال له وديعة عند فلان، فإنه لا يسمع بينتها؛ لأنها بينة قامت على الغائب، وليس عنه خصم حاضر، فلم تسمع، فكذلك هذا.

(١) لفظ «أما» موجود في الأصل فقط، لا في غيره من النسخ.

(٢) من قوله: «وإن بقي...» إلى قوله: «على البائع» ليس في الأصل، وفي نسخة «ب».

ولو كانت الدار في يدي ذي اليد بهبة، أو صدقة، أو بيع، ثم ينقد الثمن، فأقام هذا بينة أنه اشتراها من زيد قبله ونقده إليه، وأخذت منه الثمن للبائع؛ لأنه ثبت شراء الخارج أولاً، ولم يثبت نقد الثمن، وكان للقاضي أن يستوفي الثمن للبائع[1]، ولا يعطي ذا اليد من ذلك شيئاً؛ لأن ذا اليد موهوب له، أو متصدق عليه، أو مشتر لم ينقد الثمن ولا يثبت لواحد من هؤلاء حق الرجوع على البائع عند الاستحقاق.

١٦٨١٤- قال: وإذا باع الرجل جارية من رجل، ثم غاب المشتري، ولا يدري أين هو، فرفع البائع الأمر إلى القاضي، وطلب منه أن يبيع الجارية، ويوفي ثمنه، فإن القاضي لا يجيبه إلى ذلك قبل إقامة البينة؛ لأنه يدعي حقاً على الغائب، وليس عنه خصم حاضر، ولأنه يجوز أن يكون غاصباً لهذه الجارية احتال بهذه الحيلة ليبرئ نفسه عن ضمانها، ويسقط النفقة عن نفسه، فلا يتعرض القاضي لما قاله البائع من غير بينة. ولأنه يدعي إيجاب حفظ على القاضي في هذا المال؛ لأنه يزعم أنه مال الغائب، وأنه مما يخشى عليه التلف، وعلى القاضي حفظ مال الغائب إذا كان يخشى عليه التلف، فكان على القاضي أن لا يلتزم الحفظ إلا ببينة.

وهو نظير رجل جاء بدابة إلى القاضي، وقال: هذه لقطة فبعها، فإن القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على ذلك؛ لأنه يدعي إيجاب حفظ على القاضي، فكان للقاضي أن لا يصدقه إلا ببينة، كذا هنا.

قال: فإن أقام البينة على ذلك ذكر أن القاضي يبيع الجارية على المشتري، ويقضي الثمن على البائع، ويستوثق من البائع بكفيل ثقة، وهذا الذي ذكر جواب الاستحسان. والقياس أن لا تسمع هذه البينة ولا يبيع الجارية على المشتري، نص على هذا القياس والاستحسان في «الجامع الكبير» في كتاب الإجارات في باب الاختلاف بين اثنين في نظير هذه المسألة.

وجه القياس في ذلك ظاهر أن هذه بينة قامت على إثبات حق على الغائب، وليس عن الغائب خصم حاضر، لا قصدي، ولا حكمي، فوجب أن لا تقبل قياساً على ما إذا كان يعرف مكان المشتري، وقياساً على من أقام بينة على إثبات حق على

(١) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل وب: أن يستوفي الثمن منه نقداً للغائب ولا يعطي ذا اليد

غائب لا يعرف مكانه لينزع شيئاً مما في يد الغائب ، فإن في هاتين الصورتين لا تقبل هذه البينة ، وإنما تقبل هذه البينة ، لما قلنا .

وجه الاستحسان : أن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن من جهة المشتري إذا كان لا يعرف مكانه ، وعجز عن الانتفاع بالمبيع ؛ لأنه مال غيره ، ويحتاج إلى أن ينفق عليه ما لم يحضر المشتري [لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يسلم المبيع إلى المشتري][1] ، وربما يأتي النفقة على الثمن وزيادة متى انتظر القاضي حضور المشتري ، فمتى لم تسمع هذه البينة من البائع أدى إلى إبطال حقه ، والقاضي نصب ناظراً لإحياء حقوق الناس ، فكان للقاضي أن يسمع هذه البينة ليدفع الضرر والبلية التي ابتلي بها البائع ؛ لأن على القاضي دفع البلية عن الناس ما أمكنه ، بخلاف ما إذا كان يعرف مكان البائع ؛ لأنه كان يمكنه دفع الضرر والبلية عن البائع بأن يأمره بالذهاب إلى حيث كان المشتري ، وإقامة البينة عليه ، وبخلاف ما إذا ادعى حقاً على غائب ، ولا يعرف مكانه ، وأراد أن يقيم البينة على ذلك لينزع شيئاً من مال الغائب ، فإن القاضي لا يسمع ذلك منه ، وذلك لأن القياس في مسألة البيع أن لا يسمع البينة على الغائب ؛ لأنه ليس عنه خصم حاضر إلا أنا تركنا القياس فيها بإجماع العلماء على ذلك ، فإنا والشافعي أجمعنا أن في هذه المسألة يسمع بينة البائع إذا كان لا يعرف مكان المشتري ، وما ثبت بالإجماع بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره ، والإجماع المنعقد في هذه المسألة ليندفع البلية التي ابتلي بها البائع ، وليس في قبولها إزالة يد الغائب عما في يده ؛ لأن حق الغائب إنما يستوفى من الجارية التي في يده لو ادعى أنها له ، كان القول قوله ، لا يكون إجماعاً إذا قامت البينة على انتزاع مال في يد الغائب ، وفي ذلك إزالة ملك الغائب ويده حتى لو ادعى المدعي ذلك لنفسه لا يصدق في ذلك ؛ لأنه ليس في يده ، فرددناه إلى ما يقتضيه القياس ، فإنما إذا استحسنوا إذا كان المدعي لا يدعي انتزاع شيء مما في يد الغائب ، وإنما يدعي إبقاء حقه من المال الذي في يده .

ثم إذا باع القاضي الجارية ذكر أنه يوفي البائع ثمنه ، وليس طريق الإيفاء أنه ثبت بما أقام البائع من البينة الدين على المشتري ، ولكن طريقه أن في الإيفاء حفظ الثمن على

---

(١) ما بين القوسين في الأصل فقط لا في غيره .

الغائب؛ لأنه يصير مضموناً على القاضي بالمثل، فيكون بمعنى القرض، وللقاضي أن يقرض مال الغائب لما فيه من زيادة حفظ ليس في الإيداع، فكذا هذا، والدليل على أن البيع وإيفاء الثمن كان على سبيل الحفظ من القاضي لا على سبيل القضاء أنه لو فعل ذلك من غير بينة أقامها الخاصم بأن يعرف ذلك من الناس كان له ذلك.

وكذا لو فعل القاضي ذلك بعد إقامة البينة، ثم جاء الغائب، وجحد الشراء، وقال: الجارية جاريتي من الأصل، يحتاج البائع إلى إقامة البينة ثانياً، ولو فعل القاضي ذلك على وجه القضاء، صار الغائب مقضياً عليه بالشراء، ولو صار مقضياً عليه بالشراء لكان لا يلتفت إلى إنكاره بعد ذلك مع هذا صح إنكاره، عرف أن ما فعله القاضي فعله على سبيل الحفظ لا على سبيل القضاء، وللقاضي ولاية الحفظ في مال الغائب.

ثم إذا باع القاضي الجارية، وأوفى البائع حقه، فإنه يأخذ منه كفيلاً ثقة لجواز أنه أخذ الثمن من المشتري مرة، فمتى حضر المشتري احتاج إلى أن يرجع على البائع بالثمن، وربما لا يجد البائع، فيأخذ كفيلاً نظراً للمشتري حتى إذا تعذر عليه اتباع البائع اتبع الكفيل، فيستوفي من الكفيل، ثم إذا كان فيه وضيعة فعلى المشتري، وإن كان فيه فضل فللمشتري؛ لأن بيع القاضي وله ولاية البيع على المشتري من الوجه الذي ذكرنا كبيع المشتري.

ولو أن المشتري باع الجارية بنفسه إن كان فيه وضيعة يكون على المشتري؛ لأن الدين على المشتري، وقد أدى البعض، ولم يؤد البعض، فما لم يؤد يكون ديناً على المشتري، فكذا إذا باعه القاضي، وإن كان فيه فضل فله؛ لأنه بدل ماله، فيكون له

ثم وضع المسألة في الجارية، ولم يضع في الدار، ويجب أن يقال: بأنه في الدار لا يتعرض القاضي لذلك، ولا يبيع الدار؛ لأن القياس أن لا يبيع الجارية على المشتري، وإنما يبيعها استحساناً، إما لدفع النفقة عن البائع، وهو إسقاط النفقة عنه، وإنما يحتاج إلى النفقة إذا كان حيواناً، أو للحفظ على الغائب، وإنما يحتاج إلى الحفظ إذا كان المبيع شيئاً يخاف فيه التلف، كالجارية ونحوها دون العقار، وإنها محصنة(١) بنفسها، وإن كان

(١) وفي الأصل: محضنة.

يعرف مكان المشتري ؛ فإنه ليس للقاضي أن يبيع الجارية . وإن أقام البائع البينة على ذلك ، فرق بين هذا وبينما إذا كانت الجارية آبقة ، فادعى الذي في يده الجارية أنها آبقة ، وأقام البينة على ذلك ، وطلب من القاضي بيعها ، أو كانت وديعة ، أو ضالة كالحمير والبقر ، وطلب من القاضي أن يبيع ذلك ، أو يأمره بالنفقة على حسب ما يرى الأصلح للغائب ، والقاضي يعرف مكانه ، إن كان يرجو قدومه عن قريب أمر بالنفقة ، حتى لا يزول العين عن ملكه ، وإن كان القاضي لا يرجو قدومه عن قريب ، ويخاف أنه متى أمر الذي في يديه الجارية بالنفقة أنها تأتي[1] على قيمة الجارية يبيع الجارية ؛ وذلك لأن نفقة الآبقة والوديعة على ربها ، فمتى لم يبع أتى النفقة على جميع ماله ، فيهلك ماله ، وعلى القاضي أن يدفع الهلاك عن أموال الناس ما أمكنه ، وكذا النظر للغائب أن يبيع ، وههنا النظر للغائب في أن لا يبيع حتى لا يزول العين عن ملكه ؛ لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يحضر المشتري فيقبض . وإذا هلكت كانت مضمونة عليه ، فالنظر للغائب أن لا يبيع إذا كان يعرف مكانه ، ولكن يأمره بطلب المشتري ، وهذا إذا جاء المشتري ، وأقر بذلك ، فأما إذا أنكر الشراء احتاج البائع إلى إقامة البينة على المشتري ثانياً ؛ لأن البيع لم يثبت بما أقام من البينة ؛ لأنه لم يكن عنه خصم حاضر .

قال أبو حنيفة : إذا كانت الدار في أيدي ورثة وأحدهم غائب ، فادعى أحدهم أنه اشترى نصيب الغائب ، هل تقبل هذه البينة على بقية الورثة الذي في أيديهم الدار ؟ فهذا على وجهين : إما أن يكون بقية الورثة الذين في أيديهم الدار مقرين بنصيب الغائب ، أو كانوا منكرين نصيب الغائب ، فإن كانوا مقرين بنصيب الغائب ، فإنه لا تقبل بينة ؛ لأنها قامت على إثبات الشراء على الغائب ، وليس عنه خصم حاضر ، وإنما قلنا : ليس عن الغائب خصم حاضر ؛ لأن أحد الورثة إنما ينتصب خصماً فيما يستحق للميت ، ويستحق عليه ، فأما فيما يستحق على أحدهم لا ينتصب البعض خصماً عن البعض ، على ما يأتي بيانه - إن شاء الله تعالى - .

وإن كانوا منكرين تسمع هذه البينة ، ويثبت الشراء على الغائب حتى لو حضر لا يكلف المدعي إعادة البينة ؛ لأنه أقام البينة على الغائب في إثبات الشراء ، وعنه خصم

(١) هكذا في تصحيح ط ، وكان في المتن : "ترى" ، وفي ب : "ترمى" .

حاضر جاحد، فيسمع هذه البينة، كما لو كان الغائب وكله بالخصومة، وإنما قلنا: ذلك، وذلك لأنه ادعى حقاً على الحاضر بسبب على الغائب، وقد جحد الحاضر ما ادعى المدعي، وصح جحوده؛ لأن اليد له، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كعبد قطع يد رجل، وادعى المقطوع يده أن مولاه أعتقه، وأنكر العبد ذلك، انتصب العبد خصماً عن المولى في إثبات العتق عليه؛ لأن المقطوع يده ادعى حقاً على الحاضر، وهو العبد بسبب على الغائب، وهو المولى، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب، فكذلك هذا.

١٦٨١٥- قال محمد في "الزيادات": رجل في يديه دار اشتراها رجل من غير ذي اليد بعبد، وسلّم العبد إليه، ثم خاصم المشتري صاحب اليد في الدار، وأخذها منه بهبة، أو صدقة، أو شراء، أو وديعة، أو غصب، أو ما أشبه ذلك، فليس له على العبد سبيل؛ لأن في زعمه أن القبض مستحق له بجهة الشراء، والمستحق بجهة يقع عن جهة المستحق، وإن أوقعه الموقع لجهة أخرى، فوقع هذا القبض بجهة الشراء، وسلّم الدار للمشتري بجهة الشراء، ولا يكون له على العبد سبيل، أورد هذه المسألة لتبين أن المشتري إذا وصل إلى المشتري يعتبر وصوله بجهة الشراء، وصل إليه من جهة البائع أو من جهة غيره، فإن جاء صاحب اليد واسترد الدار من يد المشتري، بأن كان في يد المشتري بسبب الغصب أو بسبب الوديعة، فالمشتري يرجع على البائع بالعبد.

فإن قيل: المستحق بالشراء أصل القبض لا إدامته، وبالاسترداد ينعدم إدامة القبض لا أصله. قلنا: بلى إلا أن قبض المشتري نقض بسبب سابق على عقده، فارتفع قبضه من الأصل، وصار كأن لم يكن، ولو انعدم القبض من الأصل، رجع المشتري على البائع بالعبد، فههنا كذلك.

قال: ولو كان مكان الدار جارية اشتراها بالعبد، فوصلت إلى يد المشتري بالأسباب التي ذكرنا، ثم هلكت في يده لا يكون له على العبد سبيل؛ لأنه قبضها بجهة المستحق، وتقرر القبض بالهلاك، ولا يكون له بعد ذلك على العبد سبيل إلا في صورة، وهو أن الجارية لو كانت غصباً في يد المشتري جاء ذو اليد، وضمنه قيمتها بحكم الغصب، كان له أن يرجع على البائع بالعبد؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين لكون

القيمة بدلاً عن العين، ولو كانت الجارية قائمة في يد المشتري، وأخذ صاحب اليد عنها، أليس أن المشتري يرجع على البائع بالعبد؟ فههنا كذلك.

وكذلك لو كانت الجارية غصباً في يد المشتري، فأبقت، فجاء صاحب اليد، وضمن المشتري قيمتها، رجع المشتري بالعبد على البائع لما قلنا، فإن عادت من الإباق، عادت على ملك الغاصب، وهو المشتري، عرف ذلك من مذهبنا، والعبد سالم للمشتري، لا سبيل لبائع الجارية عليه؛ لأن القاضي نقض البيع بينهما حيث قضى له بالرجوع بالعبد، ولا يكون لبائع الجارية على العبد سبيل بقي هنا القدر أن الجارية قد سلمت للمشتري، إلا أنها سلمت له بحكم أداء الضمان، لا بحكم البيع، فلا يمنع ذلك سلامة العبد له.

١٦٨٤٦- رجل اشترى من آخر داراً بعبد، والدار في يدي غير البائع، وصاحب اليد يدعي أنها له، فخاصم المشتري صاحب اليد، فلم يقض له بشيء، وطلب المشتري من القاضي أن يفسخ العقد بينهما لعجز البائع عن التسليم، أجابه إلى ذلك لما مر قبل هذا، فإن فسخ العقد بينهما، وأمر البائع برد العبد على المشتري، ثم وصل الدار إلى يد المشتري يوماً من الدهر بسبب من الأسباب، فالفسخ ماض حتى لا يؤمر المشتري برد العبد على البائع، وإنما كان كذلك؛ لأن القاضي إنما فسخ العقد بينهما باعتبار عجز البائع عن التسليم، وبوصول الدار إلى يد المشتري بعد ذلك بسبب من الأسباب لا يتبين أن العجز لم يكن، فلا يتبين أن الفسخ لم يكن نافذاً، وهل يؤمر المشتري بتسليم الدار إلى البائع لإقراره للبائع بالدار حين اشترى الدار منه؟ ينظر إن كان المشتري صرح بالإقرار له وقت الشراء، يؤمر لأنه أقر بأنه يملك، ثم ملكه، فيؤمر بالتسليم إليه، وإن لم يصرح بالإقرار له، ذكر ههنا: أنه لا يؤمر، فعلى رواية هذا الكتاب: لم يجعل الإقدام على الشراء إقراراً بكون المشترى ملكاً للبائع.

وذكر في «الجامع»: أن الإقدام على الشراء إقرار بصحة الشراء ولا صحة للشراء إلا بصحة البيع، ولا صحة للبيع إلا بملك البائع، فصار الإقدام على الشراء إقراراً بملك البائع من هذا الوجه.

وجه ما ذكر ههنا: أن صحة الشراء لا تعلق لها بالملك لا محالة، فإن الشراء كما

يصح من المالك يصح من غير المالك، إما بنيابة المالك كالوكيل والرسول، أو بنيابة الشرع كالوصي. فلم يكن الإقدام على الشراء إقراراً بالملك لهذا، والصحيح ما ذكر في الجامع: أن الإقدام على الشراء إقرار بالملك للبائع على اعتبار الأصل؛ لأن الأصل تصرف الإنسان لنفسه، لكن مع أن الصحيح ما ذكر في الجامع: لا يؤمر بتسليم الدار هنا باتفاق الروايتين؛ لأن هذا ليس بإقرار مصرح، بل هو إقرار في ضمن الشراء، وقد انتقض الشراء هنا، فينتقض ما ثبت في ضمنه، وليس كالإقرار المصرح؛ لأن الإقرار هناك حصل ابتداء لا في ضمن الشراء، فانتقاض الشراء لا يوجب انتقاض الإقرار، فبقي كما كان، فعلى قود[1] هذا التعليل إذا استام عيناً من آخر، واستباعه فلم يتفق بينهما بيع، ثم وصل إليه ذلك العين يوماً من الدهر يؤمر بالتسليم إلى الذي استامه واستباعه منه؛ لأن الإقرار هناك وإن حصل في ضمن الاستيام والاستباعة، إلا أنه لم يرد عليهما نقض، حتى ينتقض الإقرار الثابت في ضمنهما، فبقي الإقرار كما كان.

١٦٨١٧ - رجل اشترى من آخر داراً بعبد وتقابضا، ثم استحق نصف الدار، كان مشتري الدار بالخيار؛ لأنه تفرقت الصفقة عليه، وهذا التفريق أوجب عيباً في الباقي، إذ الشركة في الأعيان عيب، فيكون له الخيار إن شاء أخذ نصف الدار بنصف العبد، وإن شاء ترك، ولا يكون لمشتري العبد الخيار، وإن تفرقت الصفقة عليه، وتعيب الباقي بعيب الشركة؛ لأن هذا العيب إنما كان بسبب تدليس من جهته، وهو بيع كل الدار مع علمه أنه لا يملك إلا النصف، فلا يبقى مستحقاً للنظر، وعلى هذا إذا استحق نصف العبد كان لمشتريه الخيار، فإن شاء أخذ نصف العبد بنصف الدار، ولا خيار لمشتري الدار لما قلنا.

وإن استحق نصف العبد ونصف الدار، ذكر في الكتاب أن كل واحد من المشتريين بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء ترك لوجود علة الخيار في الجانبين، وهو الشركة، وإن لم يبين قدر المأخوذ، وقد ذكر من أصحابنا من قال: مشتري الدار بالخيار إن شاء أخذ ربع العبد بربع الدار، وإن شاء ترك.

ووجه ذلك: أنه استحق من كل واحد من البدلين نصفه، إلا أن النصف المستحق

(١) هكذا في ظ، وكذا في الأصل، ومعنى ش: ثان، فمعنى قود هذا التعليل.

من الدار لا يكون بإزاء النصف المستحق من العبد، وغير المستحق من الدار بإزاء غير المستحق من العبد، بل النصف الذي هو المستحق من الدار يقابله نصف العبد شائعاً من المستحق ومن غير المستحق، فيجعل الدار والعبد كل واحد منهما أرباعاً، فإذا استحق ربعا الدار يقابله من العبد ربع مستحق وربع غير مستحق، فإذا انفسخ العقد في الربع المستحق من العبد ينفسخ فيما يقابله من الدار وهو ربع الدار، فانفسخ العقد في ثلاثة أرباع العبد، وفي ثلاثة أرباع الدار، ويبقى العقد في ربع العبد وربع الدار، فلهذا قال كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ الربع بالربع وإن شاء، ترك، وبعض أصحابنا قالوا: كل واحد منهما بالخيار إن شاء، أخذ النصف بالنصف، وإن شاء، ترك؛ لأن كل واحد منهما باع ما يملك وما لا يملك، فينصرف بيع كل واحد منهما إلى ما يملك[1] طلباً للجواز كما في بيع الثوب باع أحدهما نصفه ينصرف ذلك إلى النصف الذي هو ملكه، وطريقه ما قلنا.

وإن لم يختر واحد منهما شيئاً حتى جاء المستحق لنصف العبد، وسلم ذلك النصف إلى مشتري العبد بهبة أو صدقة يبطل خيار مشتري العبد؛ لأنه استحق جميع العبد بالعقد، وقد سلم له جميع العبد بالعقد نصفه من بائع العبد، ونصفه من المستحق، وقد بين أن المستحق بجهة إذا وقع يقع عن جهة المستحق سواء وقع من جهة المستحق عليه أو من جهة غيره، ويكون الخيار لمشتري الدار إذا لم يسلم له جميع ما استحق من الدار -والله أعلم-

---

(١) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ: "ما لا يملك".

الفصل السادس
في الاستحقاق وما هو في معنى الاستحقاق
وما يجب اعتباره في هذا الفصل، وما لا يجب

٢٦٨٤٨- واستحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية، وقد ذكرنا في كتاب البيوع أن استحقاق المشترى على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع إذا كان الاستحقاق بسبب سابق على الشراء؛ لأن البيع معاوضة، ومبنى المعاوضة على التسوية، والمساواة فيما بينهما، وإذا كان الاستحقاق بسبب متأخر عن البيع لا يوجب الرجوع بالثمن على البائع؛ لأن الواجب على البائع إثبات يد المشتري على المشترى لا إدامة يده لعجز البائع عن ذلك.

وهذا الفصل يشتمل على أنواع:

٢٦٨٤٩- الأول: إذا ادعى المشتري استحقاق المشترى، وأراد الرجوع على البائع بالثمن لا بد وأن يفسر الاستحقاق، ويبين سببه لما ذكرنا أن الاستحقاق إنما يوجب الرجوع بالثمن على البائع إذا كان الاستحقاق بسبب سابق على البيع، أما إذا كان الاستحقاق بسبب متأخر عن البيع فلا، ولأن دعوى الاستحقاق مطلقًا، كما تحتمل دعوى الاستحقاق بسبب سابق على البيع، بأن كان الاستحقاق بالنتاج، أو بالملك المطلق يحتمل الاستحقاق بسبب الشراء من المشتري، فلم يتبين سبب الاستحقاق وصح ذلك، وأنكر البائع البيع منه، وأقام المشتري البينة على البيع، فثبت بينته، وكان له الرجوع بالثمن، ولا يشترط حضرة المشتري لسماع هذه البينة عند بعض المشايخ، وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني، بل إذا ذكر حلية العبد وصفاته، وذكر مقدار الثمن كفاه؛ لأن العبد غير مقصود في هذه الدعوى وفي هذه الشهادة، فلا يشترط حضرته، وعلى هذا العبد إذا تداولته الأيدي، وادعى حريته على المشتري الآخر، ويرجع البعض على البعض، لا يشترط حضرة العبد عند الرجوع بالثمن، ويكفي أن تقول شهود: إن العبد الذي أقام البينة على حريته يوصف كذا من هذا، عنه

بعضهم يشترط حضرته؛ ثم إذا قبل بينة المشتري، ويرجع المشتري على البائع بالثمن بقضاء القاضي، وأراد البائع أن يرجع على بائعه بالثمن، كان له ذلك، وإن زعم أنه ليس له حق الرجوع لما أنكر البيع، إلا أن القاضي لما قضى عليه بالبيع بالبينة، فقد رد زعمه، والتحق بالعدم. ولو أبرأ البائع المشتري عن الثمن، أو وهبه منه، ثم استحق المبيع من يد المشتري، لا يرجع على بائعه بشيء؛ لأنه لا شيء له على بائعه، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض.

وإذا استحق المبيع من يد المشتري، وهو لم يؤد الثمن، أو أدى بعضه، يجبر على أداء الثمن في الفصل الأول، وعلى أداء الباقي في الفصل الثاني، بخلاف ما إذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا لا يجبر على أداء الثمن؛ لأن في فصل العيب لو دفع يسترده ثانيًا لا محالة.

وفي فصل الاستحقاق: لا يسترده ثانيًا لا محالة، لجواز أن القاضي عسى لا يقضي ببينة المدعي، أو يجيز المستحق البيع. وإذا استحق المبيع من يد المشتري، وأراد المشتري الرجوع بالثمن على بائعه، وأراه السجل، فأقر بالاستحقاق، وقبل السجل، ووعد أن يدفع الثمن، ثم أبى ذلك، فالقاضي يجبره على دفع الثمن. ولو لم يقر بالاستحقاق، ولكن وعد له دفع الثمن، لا يجبر عليه؛ لمجرد الوعد لا يلزم شيئًا. وإذا رجع المشتري على بائعه، فصالحه البائع على شيء، قيل: كان للبائع أن يرجع على بائعه بجميع الثمن.

نوع آخر:

١٦٦٢٠: اشترى من آخر عبدًا، وباعه من غيره، ثم إن المشتري الأول اشتراه ثانيًا، ثم استحقت الدار من يده، رجع هو على البائع الأول، هكذا حكي فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله تعالى، هذا الجواب إنما يستقيم على الرواية التي تقول فيها: إن القضاء بالملك للمستحق يوجب انفساخ البياعات، فخرج بيع المشتري الأول، وشراؤه ثانيًا من البين، فصار كأنه اشترى من عمرو. وأما على ظاهر الرواية: القضاء بالملك للمستحق لا يوجب انفساخ البياعات، فيبقى بيع المشتري الأول، وشراؤه،

بائعًا على حدة، فلا يكون له أن يرجع على البائع الأول. فنسمي المشتري الأول زيدًا، ونسمي المشتري منه جعفرًا، فيرجع المشتري الأول وهو زيد على بائعه، وهو جعفر؛ لأن جعفرًا بائعه في الكرة الثانية، ثم يرجع جعفر على زيد؛ لأن زيدًا بائعه في الكرة الأولى، ثم يرجع زيد على البائع الأول. قيل: يجب أن يكون الجواب في الرد بالعيب نظير الجواب في الاستحقاق، حتى إن في مسألتنا لو وجد المشتري الأول وهو زيد بالمبيع عيبًا قديمًا بعدما باعه من جعفر، ثم اشتراه ثانيًا من جعفر كان لزيد أن يرده على جعفر ثم يرده جعفر على زيد، ثم يرده زيد على البائع الأول، وهذا؛ لأن من يرد بالعيب، وإن كان يفسخ ... الآن التفاسخ بالرد على البائع الآخر بفسخ العقد الذي جرى بين المشتري الآخر والبائع الآخر، فصار كأنه لم يكن، حتى لو كان الرد من المشتري الآخر بغير قضاء، لا يكون لبائعه أن يرده على بائعه.

وفي شرح وكالة الجامع من تصنيفي في باب قبل باب من يكون وكيلًا في الطلاق على سبيل الاستشهاد، وصورته: رجل اشترى من رجل عبدًا، وباعه من غيره، ثم قبضه ذلك الغير، ثم اشتراه من ذلك الغير ثانيًا، ثم اطلع على عيب به قد كان عند البائع الأول، لم يرده على الذي اشتراه منه؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه لو رده عليه كان لمشتريه أن يرده عليه في الحال، فلا يفيد الرجوع، ولا يرده على البائع الأول؛ لأن هذا الملك غير مستفاد من جهة البائع الأول. فعلى قياس هذه المسألة يجب أن يقال في فصل الاستحقاق: إن زيدًا لا يرجع على جعفر؛ لأنه لا يفيد.

١٦٨٢٤ - اشترى من آخر دارًا، وقبضها، واستحقت من يده، فقال المستحق للمشتري: هذا الثمن الذي دفعت إلى البائع مني، فأخذه، ثم أراد المستحق أن يسترد ما دفع إلى المشتري، هل له ذلك؟ فقد قيل: يجب أن لا يكون له ذلك على رواية يقول فيها: إن قضاء القاضي للمستحق بالملك يفسخ البياعات المتقدمة؛ لأنه أدى دين البائع متبرعًا؛ لأن البيع السابق لما انفسخ بالاستحقاق وجب على البائع رد الثمن على المشتري، ومن أدى دين غيره متبرعًا لا يكون للمؤدي أن يرجع فيما أدى، وعلى ظاهر الرواية له أن يسترد ذلك؛ لأن على ظاهر الرواية لا ينفسخ البيع السابق بمجرد القضاء للمستحق، فلا يجب الثمن على البائع، فلا يصير مؤديًا دين البائع. فلو أن المشتري رجع بالثمن على البائع وطالبه بالثمن، فقال المستحق للمشتري: هذا الثمن مني،

فأخذ ثم أراد المستحق أن يسترد منه، ليس له ذلك باتفاق الروايات؛ لأن برجوع المشتري على البائع بالثمن انفسخ البيع الذي جرى بين البائع وبين المشتري، ووجب الثمن على البائع، فيصير المستحق قاضياً دين البائع على وجه التبرع، فلا يكون له أن يسترد منه.

١٦٨٢٣- قال محمد في "الزيادات": رجل اشترى من رجل عبداً، وقبضه، وضمن رجل للمشتري ما أدركه من درك في العبد، ثم باعه المشتري من آخر، وسلمه إليه، ثم باعه المشتري الثاني من رجل آخر، ثم استحقه مستحق من يد المشتري الآخر بالبينة، وقضى القاضي بذلك، يكون ذلك قضاء على المشتري الآخر، وعلى الباعة جميعاً حتى لو أقام المشتري، أو واحد من الباعة بينة على المستحق بالملك المطلق، لا تقبل بينته، وكان لكل واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن من غير أن يحتاج إلى إعادة البينة. وإنما كان كذلك؛ لأنه ثبت تلقي البعض عن البعض، والقضاء بالملك المطلق على ذي اليد بالبينة قضاء عليه، وعلى من يتلقى ذو اليد الملك من جهته؛ لأن القضاء بالملك قضاء بالملك من الأصل. ولهذا يقضى للمستحق بالزوائد المتصلة، والمنفصلة جميعاً. فالقضاء بالملك من الأصل على ذي اليد بالبينة قضاء عليه، وعلى من يتلقى ذو اليد من ضرورة أنه لو لم يجعل كذلك؛ كان الملك باقياً في حق البائع [عدماً في حق المشتري، ويستحيل أن يكون الملك من الأصل عدماً في حق المشتري، ويكون باقياً في حق البائع](١)، فصار كل واحد من الباعة مقضياً عليه، ومستحقاً عليه؛ فلا تقبل بينة واحد منهم على المستحق بالملك المطلق، وكان لكل واحد منهم حق الرجوع على بائعه بالثمن لهذا، ولكن إنما يرجع كل مشتر على بائعه إذا رجع عليه مشتريه، حتى لا يكون للمشتري الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الآخر، ولا يكون للمشتري الأول أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأوسط. وإنما كان كذلك؛ لأن بدل المستحق مملوك عندنا. فإن العقد على المستحق عندنا منعقد، لكنه موقوف على الإجازة، فلو رجع على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه مشتريه، يجتمع البدلان في ملك رجل واحد، وإنه لا يجوز. وكذلك لا يكون للمشتري الأول أن يضمن الكفيل بالدرك ما لم يرجع عليه؛ إذ ليس له ولاية تضمين الأصيل قبل أن يرجع عليه مشتريه. وما لم يجب على الأصيل لا يجب على الكفيل، وهل يحتاج كل مشتر إلى

(١) ما بين المعقوفين لم أجد في الأصل.

إقامة البينة على الرجوع عليه إذا أراد الرجوع على بائعه؟ يعني إن لم يعلم القاضي بالرجوع عليه ، بأن كان الرجوع عند قاض آخر يحتاج ، وإن علم القاضي بذلك بأن كان الرجوع على بائعه عند هذا القاضي لا يحتاج .

ولو أن العبد لم يستحق ، ولكن أقام البينة على المشتري الآخر على حرية الأصل ، وقضى القاضي بها ، رجع كل واحد منهم على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه مشتريه ؛ لأن القضاء بالحرية يوجب انفساخ البياعات ، ويجعل الحر غير مملوك . ولو رجع على بائعه قبل أن يرجع عليه مشتريه لا يجتمع الثمنان في ملك رجل واحد . وكذلك المشتري الأول يرجع على الكفيل قبل أن يرجع عليه ؛ لأنه التزم ما على الأصيل . وقد تقرر الوجوب على الأصيل ، وثبت للمشتري الأول حق الرجوع عليه قبل أن يرجع عليه فكذلك على الكفيل ، ولو لم يقم العبد البينة على حرية الأصل ، ولكن أقام بينة على أنه كان عبدا لفلان منذ سنة ، أعتقه ، وقضى القاضي بذلك ، وكان تاريخ العتق قبل تاريخ البياعات كلها ، أو أقام رجل بينة أن العبد كان له منذ سنة ، أعتقه يرجع كل مشتر على بائعه قبل أن يرجع عليه ؛ لأن القضاء بالعتق سابق على البياعات يوجب بطلان البياعات ، ويجعل المحل غير مملوك ، فلو رجع كل بائع على بائعه قبل أن يرجع لا يجتمع الثمنان في ملك رجل واحد . وكذلك إذا لم يعرف التاريخ ؛ لأنه إذا لم يعرف التاريخ يجعل العتق مقارنا للشراء ؛ لأنهما حادثان . والحادثان إذا لم يعرف بينهما تاريخ جعلا متقاربين على ما عرف . واقتران العتق بالشراء يوجب بطلان الشراء . وكذلك لو أقام العبد البينة أنه كان عبدا لفلان منذ سنة دبره ، أو أقام رجل بينة على ذلك ، أو كانت جارية أقامت بينة أنها كانت لفلان منذ سنة ، استولدها ، أو أقام رجل بينة على ذلك ، وكان تاريخ هذه الأسباب قبل تاريخ البياعات كلها ، أو لم يعرف التاريخ أصلا ، وقضى القاضي بذلك ، فهذا ، وما لو أقام البينة على حرية الأصل ، أو على العتق ، سواء يرجع كل واحد على مشتريه قبل أن يرجع عليه ؛ لأنه ثبت فيهما حق الحرية بمنزلة حقيقة الحرية .

طعن أبو حازم القاضي رحمه الله تعالى في فصل التدبير والاستيلاد ، وقال : يجب أن يكون الجواب فيهما كالجواب في استحقاق الملك المطلق ، لا يرجع كل مشتر على بائعه قبل أن يرجع عليه ؛ لأن العقد على المدبر ، وأم الولد منعقد . ولهذا نفذ البيع

في المدبر بقضاء القاضي رواية واحدة، وفي أم الولد على إحدى الروايتين، وبدلهما مملوك. ألا يرى أن المدبر يضمن بالغصب عند الكل، وكذا أم الولد عندهما. والجواب أن العقد لا ينعقد عليهما مع التدبير والاستيلاد، ولا ينفذ[1] البيع بقضاء القاضي مع التدبير والاستيلاد، ولكن قضاء القاضي بجواز بيع المدبر يتضمن فسخ التدبير أولاً، ثم البيع يلاقيه وهو قن.

وكذلك في أم الولد قضاء القاضي في القن، فأما مع التدبير والاستيلاد العقد لا ينعقد، ولا ينفذ بالقضاء والبدل الذي شرط بالعقد في مقابلتهما، فصار فصل التدبير والاستيلاد نظير الحرية والعتق من هذا الوجه، وإن قامت البينة على العتق والتدبير والاستيلاد بتاريخ بعد تاريخ البياعات كلها، بأن أقام العبد والجارية بينة على المشتري الآخر أنه عبد فلان أو جارية فلان أعتقه، أو استولدها بعد شراء المشتري الآخر، وأقام رجل بينة على ذلك، وقضى قاضٍ بذلك كان هذا والقضاء بملك المطلق سواء؛ لأن كل عقد جرى كان منعقداً، والبدل الذي ذكر فيه كان مملوكاً بالقبض؛ لأن العتق المتأخر لا ينافي الملك المتقدم، ولو كان تاريخ العتق من العبد بين البياعات حتى وقع بعضها قبل العتق، وبعضها بعد العتق، فما كان قبل العتق لا يرجع فيه كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه، وما كان بعد العتق يرجع فيه كل مشترٍ على بائعه قبل أن يرجع عليه اعتباراً للبعض بالكل -والله تعالى أعلم بالصواب-.

نوع آخر:

١٦٨٢٣- قال محمد في "الزيادات": رجل اشترى من آخر جارية، وقبضها، ثم جاء مستحق، واستحقها من يد المشتري، وقضى القاضي بذلك، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: الوجه الأول: أن يستحقها ببينة[2]، وفي هذا الوجه يرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن المبيع استحق على المشتري بما هو حجة في حق الناس كافة، فيظهر الاستحقاق في حق البائع، كما يظهر في حق المشتري.

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: ولا ينعقد.

(٢) هذه الكلمة لم توجد في الأصل، لكن ههنا تناسب.

الوجه الثاني: أن يستحقها بإقرار المشتري، وفي هذا الوجه لا يرجع المشتري بالثمن على البائع لما عرف أن الإقرار ليس حجة في حق البائع، فلا يثبت له حق الرجوع على البائع.

الوجه الثالث: أن يستحقها بنكول المشتري، وفي هذا الوجه لا يرجع المشتري بالثمن على البائع، واعتبر نكوله بإقراره.

وفرق بين هذا، وبين الوكيل بالبيع إذا رد عليه المبيع بالعيب بنكوله، فإنه يلزم الموكل، واعتبر الرد عليه بنكوله بمنزلة الرد عليه بالبينة.

والفرق: وهو أن المشتري مختار في النكول، إذا سبق منه ما يطلق له اليمين لكونها مملوكة له، وهو الشراء، فإن الشراء من أسباب الملك، ولا ضرورة مع قيام الدليل، فلم يكن مضطراً في النكول، بل كان مختاراً فيه، فاعتبر نكوله بإقراره لهذا، أما في فصل الوكالة الوكيل مضطر في النكول، إذا لم يسبق منه ما يطلق له اليمين بانتفاء العيب؛ لأن الذي سبق منه قبول الوكالة بالبيع، والإنسان كما يقبل الوكالة في السليم يقبل في المعيب، وكما يبيع السليم يبيع المعيب، وقد يبيع الإنسان مال نفسه، ولا يعلم قيام العيب به، فكيف يعلم الوكيل، فكان مضطراً في النكول، فاعتبر النكول منه بمنزلة البينة حتى لو أقر بالعيب، فرد عليه بإقراره لا يلزم الموكل؛ لأنه مختار في الإقرار؛ لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين، فينكل القاضي، فيقضي عليه بنكوله.

فإن قال المشتري بعد ما أقر أو نكل: أنا أقيم البينة على الجارية ملك المستحق يريد به الرجوع بالثمن على البائع، لا تسمع بينته، وإنما لا يسمع[1] بينته لوجوه ثلاثة: أحدها: أن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة، والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض؛ لأنه جعل[2] مقراً أن الملك للبائع مقتضى إقدامه على الشراء، ولم يصر مكذباً فيما أقر، فيصير بدعواه أنها ملك المستحق متناقضاً، والثاني: أن هذه البينة قامت على إثبات ما هو ثابت، وهو ملك المستحق، فإن ملك المستحق ثبت بإقراره أو بنكوله، وإثبات الثابت لغو. والثالث: أنها قامت من غير خصم؛ لأن المشتري ليس

(١) وفي ظ و ب: لا يسمع.

(٢) وفي م: حصل.

بخصم عن المستحق في إثبات الملك له ، لأن المستحق لا يصبح خصماً في ذلك بنفسه .

وذكر في البيوع من "الإملاء" عن أبي يوسف : أن بينة المشتري [على] المستحق ، إنما لا يقبل غيبته ؛ لأنه ليس بوكيل عنه حتى لو حضر المستحق ، وصدقه المشتري ، يقبل بينة المشتري ، ويرجع بالثمن على البائع ؛ لأن البينة قامت على إثبات الملك في حق البائع من المستحق ؛ لأن بينة المشتري صدرت بينة المستحق ، وملك المستحق في حق البائع لم يكن ثابتاً ، والبينة إذا قامت على إثبات ما ليس بثابت ، وجب قبولها .

ولو أقام المشتري البينة على إقرار البائع ، أنها ملك المستحق ، قبلت بينته ، أما على المعنى الأول ؛ لأنه لم يسبق منه ما يجعله متناقضاً في دعوى إقرار البائع أنها ملك المستحق ، وأما على المعنى الثاني ، فلأنه بهذه البينة يثبت إقرار البائع أنها ملك المستحق ، وإقرار البائع لم يكن ثابتاً ، فهذه بينة قامت على إثبات ما ليس بثابت ، فقبلت .

وأما على المعنى الثالث فلأنه بهذه البينة يلزمه إقراره ليرجع عليه بالثمن وهو خصم في ذلك .

هكذا ذكر المسألة ههنا ، قالوا : وذكر في "الجامع الصغير" : أن بينة المشتري على إقرار البائع أنها ملك المستحق لا تقبل ، وليس في المسألة اختلاف الروايتين ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، موضوع ما ذكر في "الجامع الصغير" : أنه أقام البينة على إقرار البائع بملك قبل البيع ، ولو كان هكذا لا تقبل بينته ؛ لأن إقدامه على الشراء ينفي إقرار البائع قبل البيع بها للمستحق ، فيصير متناقضاً ، والمتناقض لا يصح[1] دعواه ، ولا يسمع بينته ، وموضوع ما ذكر في "الزيادات" أنه أقام البينة على إقرار البائع بعد البيع ، وإذا كان هكذا تقبل بينته ؛ لأن إقدامه على الشراء ليس ينفي إقرار البائع بعد البيع أنها للمستحق ، فلا يصير متناقضاً ، فتقبل بينته .

ولو لم يكن للمشتري بينة ، يعني على إقرار البائع أن الجارية ملك المستحق ، فقال للقاضي : سل البائع عن الجارية أهي ملك المستحق أم لا ، يسأله القاضي ، وهذا لأن المشتري يزعم أنه مظلوم من جهة البائع ، وأن له حق الرجوع بالثمن عليه بإقراره ،

---

(١) هكذا في ظ وف وم ، وكذا في الأصل : "لا تسمع دعواه" .

فيسأله القاضي إزالة الظلم عنه ، فإن أقر لزمه الثمن لإقراره بحق الرجوع عليه ، وإن أنكر وطلب من القاضي أن يحلفه أجابه إلى ذلك ؛ لأن الاستحلاف ههنا يفيد ، فإنه لو استحلف ربما نكل ، فيصير مقراً .

ولو لم يستحق الجارية أحد ، ولكن ادعت أنها حرة الأصل [فأقر المشتري بذلك ، أو أبى اليمين ، وقضى القاضي بحريتها ، لا يرجع بالثمن على البائع ، أما إذا أقر فلأنه حجة قاصرة ، وأما إذا نكل فلأن نكوله بمنزلة الإقرار . من مشايخنا من قال : قوله ، أو أبى اليمين غلط من الكاتب ؛ لأن أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف في الرق ، والدعوى ههنا دعوى الرق ؛ لأنها تزعم أنها حرة الأصل](١) ، وهما وإن كانا يريان الاستحلاف في دعوى الرق ، لكن في هذه الدعوى اليمين عليها ؛ لأنها منكرة للرق ، فلا معنى لقوله في الكتاب ، وأبى المشتري اليمين .

ومنهم من قال : لا ، بل ما ذكر صحيح ؛ لأنه تقدم منها ما هو تقرير الإقرار بالرق ، فإن موضوع المسألة فيما إذا بيعت وسلمت ، وانقادت لذلك ، فلا يقبل قولها في دعوى الحرية بعد ذلك ، فإن قبول قولها باعتبار شهادة الظاهر ، وفي هذه الصورة الظاهر لا يشهد لها ، وكان دعواها الحرية ههنا بمنزلة دعوى العتاق العارضي ، ولو ادعت عتقاً عارضاً على المشتري ، أليس أنه يحلف عندهما ؟ فههنا كذلك ، فإن حضر البائع ، وأنكر ما قاله المشتري ، فقال المشتري : أنا أقيم البينة على البائع أنها حرة الأصل ، قبلت بينته .

فرق بين هذا ، وبينما إذا أقام المشتري البينة على ملك المستحق ، حيث لا تقبل بينته . والفرق : أما على المعنى الأول فلأن المشتري وإن صار متناقضاً في هذه الدعوى ، ولكن التناقض لا يمنع قبول البينة على الحرية والعتق على ما عرف ، وأما على المعنى الثاني فلأنه بهذه البينة يثبت ما ليس بثابت ، وهو غصب البائع الثمن ؛ لأن الحرة لا تدخل تحت العقد أصلاً ، ولا يجب في مقابلتها الثمن ، فهو بهذه البينة يثبت أنه قبض ماله بغير حق ، وقبض مال الغير بغير حق غصب ، أما في الاستحقاق فالمشتري ببينته لا يثبت أنه غصب البائع الثمن ؛ لأنه لا يثبت أن ما أخذه البائع أخذ بغير حق ؛ لأن بدل المستحق مملوك ، ولكن يثبت الملك للمستحق ليثبت لنفسه حق فسخ هذا العقد ، وفيما

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من "ظ" .

محمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، وقال: الجارية التي بعتها مني ورد عليه الاستحقاق، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن القضاء بالاستحقاق على عبد الله اقتصر على عبد الله، ولم يتعد إلى محمد؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد إنما يتعدى إلى غائب يدعي تلقي الملك من جهته، وذو اليد وهو عبد الله لا يدعي تلقي الملك من جهة محمد، فلم يصر محمد مقضيًا عليه بالقضاء على عبد الله، ولهذا لو أقام محمد البينة على المستحق أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم وهو يملكها، قبلت بينته، وقضى بالجارية له، ولو صار مقضيًا عليه لما قبلت بينته، وما لم يصر محمد مقضيًا عليه، لا يرجع بالثمن على إبراهيم.

وكذلك لو كان الذي استحقها استحقها بالنتاج، بأن أقام البينة على أنها جاريته، ولدت في ملكه، وقضى القاضي بها للمستحق لم يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن ظهر ببينة المستحق أن إبراهيم باع جارية الغير؛ لأن القضاء بالاستحقاق اقتصر على عبد الله، ولم يتعد إلى محمد، فلم يصر محمد مقضيًا عليه.

بيانه: هو أن دعوى النتاج ههنا غير محتاج إليه؛ لأن المستحق خارج، ألا ترى أنه لو أقام المستحق البينة على الملك المطلق، قبلت بينته، فسقط اعتبار دعوى النتاج، وبقي دعوى الملك المطلق، وفي دعوى الملك المطلق لا يصير محمد مقضيًا عليه بالقضاء على عبد الله، فكذا هنا.

قال في الكتاب: ألا ترى أن محمدًا لو أقام البينة على المستحق أن الجارية جاريته اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها بكذا أنه يقضي بها لمحمد، ولو صار محمد مقضيًا عليه بالقضاء على عبد الله لما قضي له.

فرع على هذه المسألة الاستشهادية، فقال: لو أعاد المستحق البينة على محمد أنها أمته ولدت في ملكه قضي بها للمستحق، وترجحت بينته على بينة محمد لأن بينة النتاج لا تعارضها بينة الملك المطلق، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم في هذه الصورة؛ لأن محمدًا صار مقضيًا عليه بهذا القضاء، ولو لم يستحق الجارية أحد، ولكن أقامت الجارية البينة على عبد الله أنها حرة الأصل، وقضى القاضي بحريتها، رجع محمد بالثمن على

إبراهيم؛ لأن القضاء بالحرية ربما(١) الحق بها قضاء على الناس كافة، فصار محمد مقضيًا عليه بذلك، ويثبت الاستحقاق عليه، ولهذا لو أقام محمد البينة على الملك والشراء من إبراهيم، لا تقبل بينته، ولا يقضى له، ولو لم يثبت الاستحقاق عليه لقبلت بينته، واستحقاق المبيع على المشتري بسبب سابق على الشراء يوجب الرجوع على البائع بالثمن.

وكذلك لو أقامت البينة على عبد الله أنها كانت أمته أعتقها، وقضى القاضي بذلك، رجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن دعوى الملك ههنا ليس بمقصود، وإنما المقصود دعوى العتق، ودعوى الملك لكونه وسيلة إلى العتق، ولما كان المقصود دعوى العتق، وليس بعض الأوقات للقضاء فيه بالعتق بأولى من البعض لما أنها لم تعين وقتًا في الدعوى كان هذا، والقضاء بحرية الأصل سواء، وكذلك لو أقامت البينة على عبد الله أنها كانت أمته دبرها، أو استولدها، كان الجواب كما قلنا؛ لأن الثابت بالتدبير والاستيلاد حق العتق، فيكون ملحقًا بحقيقة العتق، ولهذا لا يحتمل النقض والفسخ، فصار دعوى الاستيلاد والتدبير كدعوى حقيقة العتق.

وهذا إذا أقامت البينة على الإعتاق والتدبير والاستيلاد من غير تاريخ، فأما إذا أرّخت، بأن أقامت البينة على أن عبد الله ملكها منذ سنة، ثم أعتقها، أو دبرها، أو استولدها، وقضى القاضي بذلك، فإنه ينظر إلى تاريخ العقد الذي كان بين إبراهيم ومحمد، فإن كان منذ سنة، أو أقل من ذلك يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن ملك عبد الله صار مؤكدًا بالعتق، أو بما ألحق بالعتق، والملك المؤكد بالعتق، أو بما ألحق بالعتق مع الملك الخالي عن العتق، أو عما الحق(٢) بالعتق إذا اقترنا كان الملك المؤكد أولى بالإثبات لقوة فيه، فإذا استويا في التاريخ، وصار المؤكد بالعتق أولى، كان من ضرورته بطلان شراء محمد من إبراهيم.

وكذلك إذا كان تاريخ العقد الذي جرى بين محمد وبين إبراهيم أقل من سنة من طريق الأولى، أو نقول: بأن العتق المؤرخ ينفي ملكًا مقارنًا وملكًا متأخرًا عنه؛ لأن

---

(١) وفي ظ: "رتب".

(٢) وفي الأصل: "أو بما".

عبد الله قضاء على محمد؛ لأن عبد الله يدعي تلقي الملك من جهة محمد، وإذا صار محمد مقضيا عليه، يرجع بالثمن على إبراهيم ضرورة، بخلاف مسألة أول هذا النوع؛ لأن هناك عبد الله لم يدع تلقي الملك من جهة محمد، فلا يصير محمد به مقضيا عليه بالقضاء على عبد الله بما مر، أما ههنا بخلافه.

وفي الوجه الثاني: يرجع عبد الله بالثمن على محمد، ولا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن التصادق وجد في حال لا يمكن استئناف الشراء؛ لأن المانع من الاستئناف قد تحقق، فكان هذا تصادقا في موضع التهمة، فيقتصر عليهما حتى كان لعبد الله أن يرجع بالثمن على محمد، ولا يتعدى إلى غيرهما حتى لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، وكذلك الجواب في الوجه الثالث يرجع عبد الله بالثمن على محمد، ولا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، ولم يعتبر التصادق ههنا مستندا إلى وقت الإقرار، إذ لو اعتبر لظهر أن التصادق كان قبل الاستحقاق، وكان ينبغي أن يكون نظير الوجه الأول.

واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة بعضهم قالوا: التصديق إنما يستند إلى وقت الإقرار إذا بقي الإقرار، أما إذا بطل فلا، وههنا قد بطل ثبت الإقرار، بيانه: هو أن الاستحقاق بالبينة على عبد الله يفتقر إلى قضاء القاضي، وقضاء القاضي بالملك للمستحق يوجب تكذيب عبد الله في إقراره، فكيف يستند التصديق إليه، وقد بطل في نفسه؟ إلا أنه بعد الاستحقاق ثابت على إقراره، فيستند التصديق إلى هذا الإقرار القائم للحال، فصار كأنهما تصادقا بعد الاستحقاق، فكان نظير الوجه الثاني لهذا.

وبعضهم قالوا: بأن محمدا متهم في التصديق بعد الاستحقاق؛ لأنه قصد به إثبات حق الرجوع لنفسه على إبراهيم، فلا يصح تصديقه فيما يرجع إلى الإسناد، وصار في حق الإسناد كأن التصديق منه لم يوجد، ولو لم يوجد منه التصديق أصلا، لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأنه لا يصير مقضيا عليه، ألا ترى أنه لو لم يصدق، وأقام البينة على أنه اشتراها من إبراهيم قضي بها له على المستحق، فدل أنه لا يصير مقضيا عليه قبل التصديق، فكذا إذا انعدم التصديق ما لم يصر مقضيا عليه، لا يرجع بالثمن على إبراهيم، ثم إذا لم يصدقا على إبراهيم في الوجه الثاني والثالث

حتى لم يكن لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، فقال محمد: أنا أقيم البينة على إبراهيم أن عبد الله اشتراها مني، يريد به الرجوع بالثمن على إبراهيم، قبلت بينته؛ لأن هذه بينة قامت من خصم على خصم؛ لأن بيع محمد من عبد الله سبب لثبوت حق الرجوع لمحمد على إبراهيم، فصار محمد خصمًا خصمًا في إثبات هذا البيع، وصار إبراهيم خصمًا في إنكاره ودفعه، فقبلت بينته، وإذا قبلت البينة، صار الثابت بها كالثابت عيانًا، ولو عاينا بيع محمد من عبد الله، والباقي بحاله، كان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، كذا ههنا.

وكذا لو أقام محمد بينة أنه صدق عبد الله في دعواه الشراء منه قبل استحقاق الجارية من عبد الله، قبلت بينته، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم اعتبارًا للتصادق الثابت بالبينة الثابت عيانًا.

ولو تصادق محمد وعبد الله على أن محمدًا وهب الجارية من عبد الله، وسلمها إليه، فهو على وجوه ثلاثة على نحو ما ذكرنا في الشراء، ففي الوجه الثاني والثالث لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وفي الوجه الأول يرجع، وكان ينبغي أن لا يرجع؛ لأن في فصل الشراء لا يرجع محمد بالثمن على إبراهيم ما لم يرجع عبد الله بالثمن على محمد، وههنا لا يرجع عبد الله على محمد أصلًا، فكيف يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، ولكن الوجه في ذلك أن يقال بأن في فصل الشراء رجوع عبد الله بالثمن على محمد ما شرط ليصير محمد مقضيًا عليه؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء عليه، وعلى من تلقى الملك من جهته، وقد ثبت تلقي عبد الله الملك من جهة محمد، فصار محمد مقضيًا عليه، ولكن إنما شرط باعتبار أن بدل المستحق مملوك العاقد، فلو رجع محمد بالثمن على إبراهيم قبل أن يرجع عبد الله على محمد بالثمن يجتمع الثمنان في ملك محمد بدلًا عن مثمن واحد، وهذا مما لا وجه له، ولا سبيل إليه، وهذا المعنى معدوم في الهبة والصدقة، وكان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، وإن لم يكن لعبد الله أن يرجع بالثمن على محمد.

١٦٨٢٥ - رجل اشترى من آخر كرمًا، أو اشترى الأرض والنخيل جميعًا وقبضهما، ثم استحقت العرصة وحدها كان للمشتري أن يرد الأشجار على البائع،

المشتري عبداً أقر أنه ملك البائع، وتقابضا، ثم استحق من يده بالبينة يرجع على البائع بالثمن، وليس للبائع أن يقول للمشتري إنك أقررت أنه ملكي، وأن الثمن صار ملكاً لي، ومن زعمك أن المستحق غاصب، فلا ترجع علي كما لو غصب منك حقيقة؛ لأن المشتري يقول: إنما أقررت لك بالثمن بشرط أن أملك المبيع ظاهراً وباطناً، وقد نفذ على القضاء ظاهراً، وإذا صار العبد ملكاً للمستحق ظاهراً لا يبقى الثمن لك ملكاً ظاهراً، وإن بقي لك ملكاً باطناً حتى يستوي(١) قضية العقد الموجب للتساوي، بخلاف الغصب؛ لأن الغصب لا يزيل ملك المغصوب منه ظاهراً، كما لا يزيله من حيث الباطن.

١٦٨٢٧- وفي «المنتقى» عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا استحق المشترى من يد المشتري، وأراد المشتري أن يرجع بالثمن، فقال البائع للمشتري: قد علمت أن الشهود شهدوا بزور، فإن المبيع لي، فقال المشتري: أنا أشهد لك أن المبيع لك، وأن الشهود شهدوا بزور، فللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن مع هذا الإقرار، قال: لأن المبيع لم يسلم له، فلا يحل للبائع أخذ الثمن، وقد استحق المبيع من يد المشتري.

١٦٨٢٨- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل اشترى من رجل جارية، وقبضها، ثم جاء رجل وادعاها، وأقر المشتري أنها لهذا المدعي، فأراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن، فقال البائع للمشتري: إنما كانت هي للمدعي؛ لأنك وهبتها له، فالقول قوله، ولا يرجع المشتري عليه بالثمن.

١٦٨٢٩- استحق حمار من يدي رجل ببخارى، وقضي للمستحق عليه ووجد بائعه بسمرقند، فقدمه إلى القاضي بمصر سمرقند فأراد الرجوع عليه بالثمن، وأظهر سجل قاضي بخارى، فأقر البائع بالبيع، ولكن أنكر الاستحقاق، وكون السجل سجل قاضي بخارى، فأقام المستحق عليه بينة أن هذا سجل قاضي بخارى لا يجوز لقاضي سمرقند أن يعمل به، ويقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد الشهود أن قاضي بخارى قضى على المستحق عليه بالحمار الذي اشتراه من هذا البائع، وأخرجه من يد المستحق عليه، وهذا لأن الخط يشبه الخط، فلا يجوز الاعتماد على نفس

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: «يستوفي».

السجل، هل يشترط أن يشهدوا على قضاء القاضي، وعلى قصر يد المستحق عليه في شهادات المنتقى: استحق حمارًا بشهادة شاهدين عدلين فأنهما المشهود عليه، قال: أسأل عن الشاهدين إن زكيا رجع المشهود عليه على البائع بالثمن، وإن لم يزكيا قضى على المشهود عليه بالثمن، ولا يرجع هو على البائع بالثمن بمنزلة الإقرار.

نوع آخر في استحقاق المبيع:

وقد تكفل بالثمن كفيل بأمر المشتري، ثم بأمر غيره، أو أمر المشتري رجلاً حتى نقد الثمن عن المشتري رجل بغير أمره

٦٦٥٣٠ - مسائل هذا الفصل(١) مبنية على معرفة الكفالة بحق عن الغير، وعلى معرفة قضاء الدين عن الغير، فنقول: الكفيل بعقد الكفالة يضم ذمته إلى ذمة الأصيل ليتحمل ما على الأصيل، لأن الكفالة مشتقة من الضم، ثم قضاء الكفيل بعد ذلك لإسقاط ما تحمل الكفيل، والقاضي للدين عن الغير يقيم ماله مقام الأصيل في إسقاط ما على الأصيل من الدين، فمتى كانت الكفالة والقضاء بأمر الأصيل صار كل واحد منهما أعني الكفيل والقاضي مقرضًا ما يؤدي بقضاء(٢) عن عليه، فالقاضي للدين يصير مقرضًا ماله الذي أدى به دين من عليه؛ لأن المديون لما أمر بقضاء الدين عنه، فقد جعله نائبًا(٣) عن نفسه في القضاء بما يؤدي إلى صاحب الحق، وإنما يصير نائبًا إذا صار المؤدى ملكًا للآمر بالإقراض، وهو معنى قولنا: إن المأمور بقضاء الدين يصير مقرضًا ما وقع به القضاء من الآمر، والكفيل يصير مقرضًا ذمته من الآمر في التزام ما عليه؛ لأن الآمر بالكفالة أمر بالتزام ما في الذمة في حق الكفيل مقام المال في حق المأمور بقضاء الدين، وهذا لأن ذمة الكفيل تصير مشغولة بما على الأصيل، وإنما تصير مشغولة بذلك إذا صار ذمة الكفيل كذمة الأصيل حكمًا، وإنما تصير ذمته كذمة الأصيل بالإقراض، فكان في معنى الإقراض من هذا الوجه، ومتى كانت الكفالة، وقضاء الدين بغير أمر من عليه

(١) وفي نسخة أخرى: النوع

(٢) في م: نصره

(٣) هكذا في الأصل وم، ولكن في ط وف: نائبًا.

صار الكفيل والقاضي متبرعًا، فيعتبر في حق الأصيل كأن صاحب الدين أبرأه بغير قبض، ويعتبر في حق الكفيل والقاضي أداء[1] المال، والتزامه بمقابلة إسقاط المال عن الغير، والتزام المال وأداؤه بمقابلة إسقاط المال عن غيره صحيح كالفضولي يصالح صاحب المال على مال نفسه يعتبر ذلك في حق صاحب المال كأنه أبرأه من غير قبض، ويعتبر في حق المصالح التزام المال [وأداءه بمقابلة إسقاط المال عن الغير، جئنا إلى المسائل.

١٦٨٣٦ - قال محمد رحمه الله][2] في «الجامع الكبير»: رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم، وكفل عن المشتري بالثمن كفيل بأمر المشتري، ونقد الكفيل للبائع الثمن، ثم غاب الكفيل، واستحق العبد من يد المشتري، أو وجد حرًا، أو مكاتبًا، أو مدبرًا، أو كانت جارية، فوجدها أم الولد، فأراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن.

قال: ينظر إن كان الكفيل قد رجع على المشتري بما نقده للبائع، كان للمشتري أن يرجع على البائع؛ لأن المشتري في هذا الوجه قام مقام الكفيل، وقد كان للكفيل[3] أن يرجع على البائع بما نقد له من الثمن، فكذا لمن قام مقامه، أو نقول: الكفيل لما رجع على المشتري، وأخذ منه مثل ما نقد، صار المنقود ملكًا للمشتري، وكان للمشتري أن يرجع على البائع بذلك عند عدم سلامة المبيع له، وإن كان الكفيل لم يرجع على المشتري بما نقد للبائع، لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن؛ لأن في هذه الصورة المشتري ما قام مقام الكفيل، ولم يملك المنقود لو رجع، رجع بحكم أن نقد الكفيل جعل كنقد المشتري، وبظهور هذه الأسباب تبين أن نقد الكفيل لم يجعل كنقد المشتري، أو تبين أن الثمن لم يكن واجبًا على المشتري، وأن الكفالة وقعت باطلة، ولأن في هذا الرجوع قطع خيار الكفيل إذا حضر، فإن الكفيل إذا حضر يتخير بين أن يرجع على المشتري بما نقد، وبين أن يرجع على البائع لما تبين بعد هذا، وبعد ما رجع المشتري على البائع بالثمن، لا يبقى للكفيل هذا الخيار، وليس للمشتري أن يقطع على

(١) وكان في الأصل وم: «هذا إذا المال المزامه» وفي ب: «هذا أداء المال».

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وب وم: «للمكفول أن يرجع».

الكفيل جائز.

ثم إذا حضر الكفيل فإن شاء رجع على البائع بما نقد وإن شاء رجع على المشتري؛ لأنه وجد في كل واحد منهما ما هو سبب الضمان في حق الكفيل، أما البائع فلأنه قبض مال الكفيل بحكم الكفالة الباطلة؛ لأن بعد ورود هذه الأمر تبين أن الثمن لم يكن واجبًا على الأصيل، والكفيل متحمل عنه، أو نقول: الكفيل قضى دينًا على ظن أنه عليه، ثم تبين أنه ليس عليه، وكان له أن يرجع بما قضى على القابض.

وأما المشتري فلأن المشتري لما أمره بالكفالة عنه بالثمن، فقد أمره بأن يقضي دينه بشرط الضمان، فالأمر باقٍ وإن لم يصح؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن واجبًا، فبقي الأمر بالدفع بشرط الضمان، كأنه قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أني ضامن لك، أو نقول: لما أمره بالكفالة، فقد ضمن له تسليم ما يؤدي من ملك نفسه لمنفعة له في ذلك، وهو براءة ذمته، فثبت له حق الرجوع لما ضمن له كالمغرور يرجع على البائع بقيمة الأولاد؛ لأن البائع ضمن للمشتري سلامة الأولاد بما شرط عليه لنفسه من الثمن، فإن أخذ من البائع لم يرجع البائع على المشتري، وهذا ظاهر؛ لأنه ظهر أن المشتري لم يملك المبيع، فلا يملك البائع الثمن عليه، وإن أخذ من المشتري، رجع المشتري على البائع بما نقد الكفيل؛ لأن الكفيل لما رجع على المشتري صار المنقود مملوكًا للمشتري، فقام المشتري مقام البائع على ما ذكرنا. وإن أراد المشتري بعدما حضر الكفيل اتباع البائع، وذلك قبل أن يختار الكفيل اتباع المشتري، ليس له ذلك، وكان ينبغي أن يكون له ذلك؛ لأن الكفالة إن بطلت من استحقاق لما بينا، بقي الأمر بدفع مطلق إلى البائع صحيحًا، وإذا بقي الأمر بالدفع صحيحًا، صار دفع الكفيل كدفع المشتري بنفسه، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك، والجواب اختلف عبارة المشايخ فيه.

قال بعضهم: إنما لم يكن للمشتري لأنه ثبت للكفيل الخيار على ما بينا[1]، ولو ثبت للمشتري حق الرجوع على البائع، بطل خيار الكفيل؛ لأنه لا يمكن للكفيل بعد ذلك أن يتبع البائع، ويأخذ منه ما دفع إليه؛ لأنه تصير مال[2] البائع؛ لأنه يصير مسبب

---

(١) وفي الأصل: على ما سبق.

(٢) بعين.

قبض ألف درهم واحد فقال، وإنه مأمور إلا أن هذا العذر يشكل (١) بالغاصب الأول، فإن له ولاية اتباع الثاني، ويأخذ منه عين ما أخذ الثاني منه إن كان قائماً، وقيمته إن كان هالكاً، ولم أجد بداً في تضمين الغاصب الأول الثاني بفصل ما ثبت للمالك من الخيار بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني.

وبعضهم قالوا: إنما لا يرجع المشتري على البائع؛ لأنه لو رجع إما أن يرجع بحكم أن البائع أزال يد المشتري عن المال الذي قبضه عن الكفيل بغير حق، أو لأن المنقود صار ملكاً للمشتري، لا وجه إلى الأول؛ لأن البائع ما أزال يد المشتري عما قبضه عن الكفيل؛ لأن ذلك لم يكن في يد المشتري، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه بالاستحقاق بطلت الكفالة، وبقي الأمر مجرد الدفع إلى البائع بشرط الضمان، إلا أن في الأمر بالدفع بشرط الضمان ما لم يرجع المأمور على الآمر بالضمان، لا يصير المدفوع ملكاً للآمر، ولو لم يكن كفالة كان أمراً بقضاء الثمن، وباقي المسألة بحالها، كان هذا بمنزلة الكفالة في جميع ما وصفنا؛ لأن بظهور هذه الأسباب يتبين أن الثمن لم يكن واجباً، فتبين أن الأمر بقضاء الثمن لم يصح، وكان هذا وفصل الكفالة سواء.

١٦٨٣٢ - قال: ولو لم يكن شيء مما ذكرنا من الأسباب في فصل الكفالة، لكن مات العبد قبل القبض، وكان الكفيل قد نقد الثمن وغاب، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن، سواء رجع الكفيل على المشتري بما نقد أو لم يرجع.

فرق بين الهلاك وبين الاستحقاق فيما إذا لم يرجع الكفيل على المشتري بما نقد، فإن في فصل الاستحقاق المشتري لا يرجع على البائع، وفي فصل الموت يرجع والفرق أن بهلاك العبد لا تبين أن الثمن لم يكن واجباً، وأن الكفالة لم تكن صحيحة؛ لأن بهلاك العبد قبل القبض لا ينفسخ البيع من الأصل، فحين أدى الكفيل الثمن إلى البائع أداه بحكم كفالة صحيحة، فلا يبقى له على الثمن سبيل، ويكون السبيل للمشتري؛ لأن الكفيل إنما نقد الثمن على المشتري بحكم أمر صحيح، فصار كأن المشتري نقد بنفسه، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

أما في فصل الاستحقاق تبين أن الثمن لم يكن واجباً، وأن الكفالة لم تكن

(١) وفي الأصل: مشكل.

صحيحة، وكان ما قبض البائع من الكفيل مقبوض بحكم كفالة فاسدة، فكان للكفيل أن يرجع على البائع، وكان له أن يرجع على المشتري لما ذكرنا، ولأن في فصل الاستحقاق إنما لا يكون للمشتري الرجوع على البائع حال غيبة الكفيل؛ لأنه يوجب قطع خيار الكفيل، وهذا المعنى لا يتأتى في فصل الهلاك؛ لأنه لا خيار للكفيل فيه على ما نبين بعد هذا - إن شاء الله - وإن حضر الكفيل في فصل موت العبد، أو كان الكفيل حاضراً، لم يكن للكفيل أن يرجع على البائع بالثمن.

فرق بين هذا وبين فصل الاستحقاق. والفرق ما ذكرنا أن بالاستحقاق يظهر بطلان الكفالة، فيظهر أن البائع قبض ما قبض من الكفيل بغير حق، فيكون للكفيل حق استرداد ما قبضه البائع، أما بهلاك العبد قبل القبض لا يظهر بطلان الكفالة، ولا يظهر أن البائع قبض من الكفيل ما قبض بغير حق، فلا يكون للكفيل حق استرداد ما دفع إليه، ولكن المشتري يرجع على البائع لما ذكرنا.

ولو لم يمت العبد، ولكن انفسخ البيع فيما بينهما بسبب من الأسباب، فإن كان الانفساخ بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، أو قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، أو الرد بخيار الرؤية، أو بخيار الشرط، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا مات العبد قبل القبض؛ لأن بهذه الأسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجباً، فلا يتبين أن الكفالة لم تكن صحيحة كما في هلاك العبد قبل القبض؛ وكذلك لو كان المشتري أمر غيره أن ينقد الثمن عنه فنقد، ثم مات العبد في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري، فإن المشتري هو الذي يرجع على البائع بالثمن في الأحوال كلها؛ لما ذكرنا. وإن كانت الكفالة بغير أمر المشتري، ثم انفسخ البيع فيما بينهما من كل وجه، كان للكفيل أن يرجع على البائع بالثمن، وليس للكفيل على المشتري سبيل؛ لأن هذا في حق المشتري إبراء بغير عوض، وفي حق الكفيل والبائع هذا إبراء بعوض، فإنه يسلم للبائع ما قبض من الكفيل إذا حصلت البراءة للمشتري بمقابلة العوض، وبهذا الفسخ البيع بينهما لم تكن البراءة حاصلة للمشتري بمقابلة العوض، وهو الثمن الذي قبضه البائع، بل كان لانفساخ السبب، وكان للكفيل أن يرجع على البائع بما أدى إليه، وإن انفسخ البيع بينهما بسبب هو فسخ فيما بين المتعاقدين عقد جديد في حق الثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، ونحو الإقالة لا يكون للكفيل أن يرجع على البائع

على البائع؛ لأنه إنما أعطاه الدنانير بحكم الصلح، وبالاستحقاق ظهر بطلان الصلح، ويستوي في هذا أن يكون الاستحقاق في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس؛ لأن المعنى لا يتفاوت، وكذلك لو أن البائع باع الكفيل الدراهم التي كفل بها عن المشتري بالدنانير، ثم استحق العبد بطل البيع، وأراد محمد رحمه الله بهذه التسوية بين البيع والصلح التسوية بينهما بعد الافتراق عن المجلس؛ لأن ما جرى بينهما من البيع كان صرفًا، وبالافتراق عن المجلس قبل قبض بدل الصرف بطل الصرف، فأما إذا استحق العبد وهما في المجلس بعد يبطل البيع، أو لا يبطل الصلح.

والفرق بين الصلح والبيع أن معنى الصلح على التجوز بدون الحق، وذلك إنما يكون باستيفاء بعض الحق وترك البعض، والدراهم والدنانير يتعينان في الاستيفاء، فيتعينان في الصلح أيضًا، ولهذا لو صالح من الدراهم على ثوب بعينه، ثم تصادقا على أنه لا دراهم عليه، بطل الصلح، فأما البيع لا يتعلق بعين الدراهم المشار إليها، وإنما يتعلق بمثل الدراهم، وما دام المجلس قائمًا يمكن دفع ألف درهم إلى صاحبها، فلا يبطل البيع، ولهذا لو باع من آخر دراهم في الذمة بثوب بعينه ثم تصادقا على أنه لا دراهم في الذمة لا يبطل البيع.

١٦٨٣٤- قال: ولو لم يستحق العبد، ولكنه مات في يد البائع، وقد باع الكفيل من البائع بالدراهم خمسين دينارًا، وقبضها من البائع، فإن للمشتري أن يرجع على البائع بألف، ولا سبيل للكفيل على البائع؛ لأن بالموت لا يظهر أن الثمن لم يكن واجبًا، فصار الكفيل بهذا البيع موفيًا للبائع ألف درهم بطريق المقاصة؛ لأنه وجب للكفيل على البائع ألف درهم مثل ما كفل به؛ لأن عقد الصرف لا يتعلق بعين ذلك الدين، فصار للكفيل على البائع ألف درهم بعقد الصرف، وللبائع عليه مثله بحكم الكفالة، فوقعت المقاصة، والإيفاء بالمقاصة كالإيفاء بالاستيفاء حقيقة، وهنا لا يكون للكفيل على البائع سبيل في هذا الوجه، وإنما السبيل للكفيل على المشتري، وللمشتري على البائع، كذلك هنا.

وكذلك لو كان الكفيل صالح البائع على خمسين دينارًا؛ لأن[1] الكفيل صار

---

(١) وكذا في الأصل: «لأن».

هذا تثليث الثمن بمقابلة المرابح الذي يحصل لا لمن وجد منه التمليك، وإن جاز كما في الخلع، وإن أطلق الصلح إطلاقاً، ولم يصرح بالإبراء ولا بالتمليك يجوز؛ لأن الصلح يحتمل معنى الإبراء والإسقاط، ويحتمل معنى التمليك، فعند الإطلاق يحمل على الإبراء والإسقاط تحرياً للجواز وطلباً للصحة، فإن استحق العبد كان على البائع رد الدنانير على المصالح، وإن مات العبد كان للبائع الخيار، إن شاء رد الدنانير على الكفيل، وإن شاء رد عليه، والله أعلم بالصواب.

٦٨٣٧ - رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم جياد، وكفل رجل عن المشتري بالثمن بأمر المشتري، ثم إن الكفيل أدى البائع الزيوف، وتجوز به البائع، فالكفيل يرجع على المشتري بالجياد؛ لأن رجوع الكفيل على المشتري بحكم الالتزام بعقد الكفالة، فيرجع بما التزم، وهو الجياد، فإن لم يرجع الكفيل على المشتري حتى استحق العبد، لا سبيل للمشتري على البائع؛ لأن الكفيل لو أدى مثل الملتزم قد ذكرنا أن المشتري لا يرجع على البائع، والكفيل بالخيار إن شاء رجع على البائع، وإن شاء رجع على المشتري، وعلى أيهما رجع لا يرجع إلا بالزيوف. أما إذا رجع على البائع؛ فلأن رجوع الكفيل على البائع بعلة أن بالاستحقاق يظهر أن البائع قبض ما قبض بغير حق، فيرجع بالمقبوض، وأما إذا رجع على المشتري فلأن رجوع الكفيل على المشتري بعلة أن المشتري أمره بالأداء، وضمن له سلامة المؤدى، فيرجع بمثل المؤدى.

هذا إذا أدى الكفيل أنقص مما التزم، وأما إذا أدى خيراً مما التزم، لا يرجع الكفيل على المشتري إلا بالملتزم؛ لأنه متبرع على المشتري بزيادة الجودة، فيعتبر بما لو تبرع بزيادة القدر، وهناك لا يرجع على المشتري إلا بالملتزم، فهذا كذلك. فإن استحق العبد من يد المشتري في هذا الوجه، فالكفيل بالخيار، إن شاء رجع على البائع، وإن شاء رجع على المشتري، فإن رجع على البائع، رجع بالمؤدى؛ لأنه ظهر أن البائع قبض ذلك بغير حق، وإن رجع على المشتري رجع بالملتزم لما مر أن رجوع الكفيل على المشتري باعتبار ما لحق الكفيل من الضمان بأمر المشتري، وضمان المشتري السلامة له، وذلك بقدر الملتزم.

وإذا رجع على المشتري بالملتزم، رجع المشتري على البائع بما أداه الكفيل من

الجياد؛ لأن الكفيل لما أدى جيادًا، فإنما يتبرع بالجودة على المكفول عنه دون الطالب؛ لأن الطالب في حق الأصيل يقبض حقه، فلا تكون الكفالة تبرعًا في حق الطالب، وإنما يكون تبرعًا في حق المكفول، فكذا بالزيادة يكون تبرعًا على المطلوب. ولأن الكفيل لما رجع على المشتري فقد قام المشتري مقام الكفيل في مال المؤدى، فيقوم مقامه في حق الرجوع على البائع بالجياد، ولو لم يستحق العبد، ولكن مات في يد البائع قبل القبض، وقد كان الكفيل أدى أنقص مما التزم، فلا سبيل للكفيل على البائع؛ لأن بموت العبد لا يتبين أن البائع قبض من الكفيل بغير حق، ولكن يرجع على المشتري بألف درهم نبهرجة.

فرق بين هذا وبينما إذا سلم العبد للمشتري، وقد أدى الكفيل أنقص مما التزم، فإن هناك الكفيل يرجع على المشتري بما التزم، وهو أن البائع لما تجوّز بالزيوف صار صفة الجودة كأنها وهبت للكفيل، فيعتبر ذلك بما لو وهب للكفيل كل الدين، وهناك عند سلامة العبد للمشتري يرجع الكفيل على المشتري بذلك، وعند انتقاض البيع لا يرجع، فكذا إذا وهب له صفة السلامة.

والفرق الفقهي بين الفصلين أن البيع لما انتقض، فقد برئ الأصيل عن الثمن، وبراءة الأصيل عن الثمن توجب براءة الكفيل، وبعدما وقعت البراءة للكفيل لا يتصور تملك ما في ذمته، فيعتبر المؤدي بخلاف ما إذا تم البيع، ولو كان الكفيل أدى أجود مما التزم، ثم مات العبد في يد البائع، لم يكن للكفيل على البائع سبيل، ولكن يرجع الكفيل على المشتري بما كفل عنه، ويرجع المشتري على البائع بمثل الدراهم التي أعطى الكفيل البائع وهو الجياد.

قال محمد رحمه الله في الكتاب: ألا ترى أن رجلا لو أمر رجلا أن يعطي رجلا عشرة دراهم غلة على أن يكون قرضًا على القابض للآمر، ويكون قرضًا للمعطي على الآمر، فإن ذلك جائز، فإن أعطاه المأمور دراهم أجود من الدراهم التي أمره به الآمر، لم يكن للمعطي على الآمر إلا دراهم مثل الدراهم التي أمره بإعطائه، ويرجع الآمر على القابض بمثل ما أعطاه المأمور، فكذا فيما تقدم.

ولو كان المشتري أمر رجلا أن ينقد عنه الثمن من غير كفالة، فنقد المأمور أفضل مما

أمره به، ثم يرجع على الآمر إلا بمثل ما أمره به، وإن نقده أردأ مما أمره به، يرجع بمثل المؤدى؛ لأن ههنا الرجوع بحكم الأمر بالأداء، فلا بد من اعتبار الأمر والأداء، ففي الوجه الأول: الأمر في حق الزيادة لم يوجد، وفي الوجه الثاني: الأمر إن وجد، فالأداء لم يوجد، بخلاف الكفيل، فإنه إن أدى أردأ من الملتزم، وتجوز به الطالب، يرجع على المشتري بالملتزم؛ لأن ثمة الرجوع بحكم إقراض الذمة والالتزام، وإقراض الذمة بالالتزام الجياد ما تم، أما ههنا بخلافه، فإن استحق العبد تخير المأمور بين اتباع البائع وبين اتباع المشتري على ما مر في الكفيل، فإن رجع على البائع رجع بمثل المقبوض؛ لأنه بالاستحقاق تبين أنه قبض بغير حق. وإن رجع على المشتري يرجع بالمؤدى إن كان المؤدى أردأ مما أمره به، وإن كان أجود رجع بما أمر به، ثم المشتري يرجع على البائع بمثل ما أخذ من المأمور؛ لأن المأمور إنما تبرع بالجودة على المشتري لا على البائع، وقام المشتري مقام المأمور في ذلك، وقد ذكرنا نظير هذا فيما تقدم. ولو لم يستحق العبد، ولكنه مات قبل القبض، فلا سبيل للمأمور على البائع، ولكن رجع المشتري على البائع بما أدى إن كان المؤدى أردأ مما أمره به. وإن كان أجود يرجع بما أمره به، وشبه محمد هذا بفصل الإجارة.

١٦٨٢٨ - ولو استأجر رجل من آخر دارًا بمائة دينار، فلم يسكنها حتى أمره رب الدار أن يعطي رجلاً عشرة دراهم من أجرة الدار على أن يكون قرضًا لرب الدار على القابض، ثم انتقضت الإجارة بينهما بموت أحدهما، لا سبيل للمستأجر على المستقرض؛ لأن رب الدار يصير كالمتعجل[1] لهذا القدر من الأجرة، فبعد انتقاض الإجارة يكون رجوعه من[2] رب الدار لا على المستقرض، فبعد ذلك إن كان المستأجر نقد المستقرض أردأ من أجرة الدار، رجع على الآمر بما أعطى، وإن نقد أفضل لم يرجع على الآمر إلا بمثل ما أمره به، ويرجع الآمر على المستقرض بمثل ما قبض من المستأجر، فكذا فيما تقدم.

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: كالمستعجل.

(٢) وفي ظ: من.

الفصل السابع
في تكاذب الدعوى والبينات عليها

١٦٨٣٩ - زوجان في دار أقامت المرأة البينة، أن الدار دارها غصبها منها زوجها، وأقام الزوج بينة أن الدار داره اشتراها منها، قضى بالدار للمرأة؛ لأن المرأة والدار في يد الزوج، فكانت المرأة خارجة، فيقضى ببينتها، كذا أجاب أبو نصر الدبوسي، وقال أبو بكر العياضي: يقضى بالدار للزوج، يجعل كأن الزوج غصبها أولاً، ثم اشتراها منها بعد ذلك.

١٦٨٤٠ - وفي "المنتقى": رجل في يديه عبد، أقام رجل بينة أنه تصدق به عليه منذ شهر، وقبضه منه، ثم أودعه إياه، وأقام رجل آخر بينة أنه تصدق به عليه منذ شهرين وقبضه، ثم أودعه منه، والذي في يديه العبد ينكر دعواهما، فإني أقضي بالعبد للذي أقام البينة على شهرين، وأبطلت دعوى الآخر، فإن رجع شاهدا الذي قضيت له بالعبد ضمنتهما قيمة العبد للذي ادعى الصدقة منذ شهر، ولا أكلفه إعادة البينة من قبل أن شهوده شهدوا بمحضر من صاحب الشهرين، وأثبتهما عندي، ولو كنت أبطلتها يومئذ ما قبلت إذا هو أعادها؛ لأني إذا أبطلتها مرة لم أقبلها ثانياً، ألا ترى أن صاحب الشهرين لو غاب بعد ما شهد شهوده، ولم يحضر، لا يقضى على الذي في يديه الغلام لصاحب الشهر؛ لأن صاحب الشهرين خصم، وكذلك صاحب الشهر إذا غاب، لم أقض لصاحب الشهرين حتى يحضر صاحب الشهر؛ لأني جعلته خصماً.

١٦٨٤١ - روى عمرو بن أبي عمرو عن محمد عن أبي يوسف رحمهما الله: في رجل أقام بينة على رجل أنه قتل أباه عمداً في شهر ربيع الأول، ولا وارث له غيره، وأقام المدعى عليه بينة أنهم رأوا أباه حياً بعد ذلك الوقت في شهر ربيع الآخر، فالبينة بينة المدعي، ويقضى بالقود.

١٦٨٤٢ - ولو أقامت امرأة بينة أن زوجها طلقها ثلاثاً في يوم النحر برقة، وأقام عبده بينة أن مولاه هذا بعينه أعتقه في ذلك اليوم بمنى، فالشهادة باطلة، فإن صدق

بإحدى البينتين، قضى بإقراره فيما أقر به، وقضيت في الأخرى بالبينة، ولو شهدت إحدى البينتين أنه طلق امرأته ثلاثاً يوم النحر بمنى، وشهدت الأخرى أنه أعتق عبده[1] بعد ذلك بيوم بالرقة، فإن القاضي يطلق امرأته؛ لأن وقته أول، ويبطل الآخر.

١٦٨٤٣ - وإذا شهد الشهود على رجل أنه قتل أبا هذا الرجل عمداً، ولا وارث له غيره، وأن القتل كان في شهر ربيع الأول سنة خمس وثمانين ومائة، وأقام المدعى عليه بينة أن أباه كان حياً أقرضه في محرم سنة ست وثمانين ومائة درهم، وأنها له دين عليه، فالبينة بينة الابن، قال: لأنهما أمران لا يستقيم أن يكونا، فيؤخذ بالوقت الأول، قال: إلا أن أبا حنيفة استحسن في هذا الباب شيئاً واحداً، فقال: إذا أقام الابن البينة أن هذا قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة، وإنه لا وارث له غيره، وجاءت امرأة، وأقامت البينة أنه تزوجها منذ خمس عشر سنة، وأن هذا ولده منها، وإنها وارثة مع ابنه هذا، قال أبو حنيفة رحمه الله: أستحسن في هذا أن أجيز بينة المرأة، وأثبت النسب وأبطل بينة الابن على القتل.

ولو أقامت البينة على النكاح، ولم تأت بولد، فالبينة بينة الابن، والميراث للابن دون المرأة، ويقتل القاتل، إنما أستحسن في النسب خاصة وهو قول أبي يوسف ومحمد، ذكر ابن سماعة في الرقيات: أنه كتب إلى محمد بن الحسن: أرأيت رجلاً مات، وباع رجل من تركته متاعاً، فخاصمه وارثه بعد ذلك إلى قاض، وأقام الرجل البينة أن فلان القاضي أجاز جميع ما باع فلان من تركة فلان، وأقامت الورثة البينة أن ذلك القاضي أبطل جميع ما باع فلان من تركة فلان ونقضه، والقاضي واحد، ولم يوقت البينتان وقتاً أو وقتا وقتاً واحداً.

قال محمد رحمه الله: إذا لم يعلم أيهما أول فالنقض أولى؛ لأن كل واحد منهما ينقض صاحبه، فصار كأنه باع، ولم يجز ذلك القاضي، ولم يرده وهو غير وصي، ولا جائز الأمر، وإن وقتا وقتين أخذ[2] بالوقت الآخر، وإن أقاما البينة على النقض والإجازة من قاضيين مختلفين، فالنقض أولى إذا لم يدر أي الوقتين أول، وإن شهد

(١) هكذا في الأصل، وكان في "ظ" و"ف" و "م": عنده.

(٢) وفي الأصل: وإن وقتا وقتاً، وتبين أخذ بالوقت الآخر.

أحد الفريقين أن ذلك القاضي أبطل إجازة ذلك القاضي الآخر، وأنه أبطل نقضه، فالقضاء الآخر الذي شهد الشهود أنه أبطل الأول.

١٦٨٤٤- وفي "نوادر المعلى" عن أبي يوسف: رجل في يديه عبد أقام رجل بينة أنه باع هذا العبد من هذا الذي في يديه، وهو يملكه بألف درهم ورطل من خمر، وأقام رجل آخر بينة أنه باع هذا العبد من هذا الذي في يديه، وهو يملكه بألف درهم وخنزير، ادعى كل واحد منهما بيعاً فاسداً، فالعبد يرد عليهما نصفان، وضمن الذي في يديه لكل واحد منهما نصف قيمة العبد، وإن مات العبد في يد المشتري، فعليه قيمتان، وإن كانت البينتان شهدتا على البيع، ومعاينة القبض، فإن كان العبد قائماً بعينه أخذاه نصفان، ولا شيء لهما غير ذلك، وإن كان مستهلكاً أخذا قيمته نصفان، ولا شيء لهما غير ذلك.

١٦٨٤٥- رجل له ابنتان صغرى وكبرى، أقام رجل بينة على هذا الرجل أنه زوج ابنته الكبرى منه، وأقام الأب بينة أنه زوّج ابنته الصغرى من هذا الرجل، فالبينة بينة الزوج.

١٦٨٤٦- عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه اشترى هذا العبد من صاحب اليد بألف درهم، وأقام صاحب اليد بينة أنه باع هذا العبد من فلان الآخر بألفي درهم، فالبينة بينة مدعي الشراء بألف درهم، ولو أقام صاحب اليد بينة على مدعي الشراء بألف درهم أنه كفل بألفين عن المدعى عليه الذي اشتراه بألفين، كانت بينة صاحب اليد أولى.

١٦٨٤٧- دار في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنها داره أجرها من الذي في يديه شهراً بعشرة دراهم، وأقام على ذلك بينة، والذي في يديه الدار قد سكنها شهراً وهو جاحد دعواهما، فإنهما يأخذان الدار بينهما نصفان، ويأخذان عشرة دراهم، ويكون بينهما نصفان أيضاً، والقياس أن يأخذ كل واحد منهما عشرة دراهم، وأظن أن هذه المسألة مرت في كتاب الإجارات، ونظير هذه المسألة في دعوى البيع إذا كانت الجارية في يدي رجل أقام رجلان كل واحد منهما بينة بأنه باعها من صاحب اليد وهو يملكها بألف على أنه بالخيار، فإن أمضيا البيع لزم صاحب اليد لكل واحد منهما

ألف درهم؛ لأنه لا تفاوت في الثمن، وإن أمضى أحدهما دون الآخر، فللذي أمضى نصف الثمن؛ لأن منازعة الآخر باقية، ومع المنازعة منه كان في نصف الجارية، فيأخذ بدل ذلك، وهو نصف الثمن. وللذي لم يمض أن يأخذ الجارية كلها؛ لأنه انقطع منازعة الآخر، وحقه في كلها لولا منازعة الشريك؛ لأن البينة قامت له على كلها، فإذا انقطعت منازعة الشريك استحقت كلها، وإن لم يمض واحد منهما البيع، أخذا الجارية بينهما نصفان، ولا شيء على المشتري؛ لأنه لم يسلم له شيء من المبيع، فلا يلزمه شيء من الثمن.

١٦٨٤٨ - رجل في يديه عبد أقام رجل بينة أنه عبده، وأقام آخر بينة أنه عبده باعه من الذي في يديه، وذو اليد يجحد دعواهما جميعاً.

قال: يقضى به للذي أقام البينة أنه عبده، ويبطل الثمن عن الذي هو في يديه. استحق الفرس من يدي المشتري في غير بلد البائع، وجاء المشتري بالسجل إلى بلد البائع، وبيان المكتوب في السجل صفة الفرس المستحق وذلك مع الكي، فقال البائع: الفرس الذي بعته كان بلا كي، وأقاما البينة، فالبينة بينة المشتري.

١٦٨٤٩ - وفي فتاوى أهل سمرقند: قلنسوة في يدي ثلاثة نفر، يدعي أحدهم قطنها، ويدعي الآخر بطانتها، ويدعي الآخر جميعها، وأقام كل واحد بينة على ما ادعى، فإنه يقضى بالقلنسوة لمدعي جميعها، ويقضى لمدعي القطن مثل نصف قطنها، ولمدعي البطانة قيمة نصف بطانتها، أما القضاء بالقلنسوة كلها لمدعي جميعها؛ لأن بينته في الظهارة خالية عن المعارض، فيجب العمل بها في حق الظهارة، ولا يمكن العمل بها في حق الظهارة إلا بالعمل بها في حق الكل. وأما القطن فهو في أيديهم، ولا يدعيه مدعي البطانة، فيكون بين مدعي الكل، وبين مدعي القطن نصفين، وقد صار مدعي الكل مستهلكاً حصة مدعي القطن من القطن، والقطن من ذوات الأمثال، فيضمن مثل نصف القطن لمدعي القطن لهذا. وأما البطانة فلا يدعيها مدعي القطن، وإنما يدعيها صاحبه[1]، فيكون بينهما، وقد صار مدعي الكل مستهلكاً بسبب مدعي البطانة من البطانة، والبطانة من ذوات القيم، فيضمن مدعي الكل نصف قيمة البطانة لمدعيها لهذا.

(١) في ظ: صاحبه.

وهو نظير من غصب من رجل بطانة، وغصب من آخر قطنا، وظهارة ماله، وجعل منها قلنسوة، فإنه يضمن لصاحب القطن مثل قطنه، ويضمن لصاحب البطانة قيمة بطانته. وطريقه ما قلنا. كذا هنا.

وكذلك لو لم يدع مدعي الحشو القلنسوة كلها إنما ادعى حشوها، وباقي المسألة بحالها، فهي كلها له، لكن يضمن للمدعي القطن مثل قطنه، وللمدعي البطانة قيمة بطانته، لأنه لا يدعي شيئا من القطن والبطانة، فسبب القطن والبطانة لصاحبه.

الفصل الثامن
في مقاسمة المدعي بطريق المنازعة والعول

١٦٨٥٩ - قال محمد رحمه الله: دار في يدي ثلاثة رهط: ادعى أحدهم جميع الدار، وادعى الآخر ثلثاها، وادعى الآخر نصفها، فهذا على وجهين: أن أقاموا بينة على دعواهم، أو لم يقيموا، وقد ذكرنا المسألة بتمامها في كتاب الشهادات، ولم يذكر ثمة ما إذا كانت الدار في يد غيرهم إنما ذكر هنا، وقال: إن لم يقم بينة لهم يحلف الذي كان في يديه الدار على دعواهم، فإن حلف انقطعت دعواهم، وبقي الدار في يد صاحب اليد كما كان قبل الدعوى، وإن قامت لهم بينة، فبينة كل واحد منهم مقبولة على جميع ما ادعى؛ لأن ما يدعي كل واحد منهم في يد غيره، فيكون كل واحد منهم خارجاً في جميع ما يدعي لنفسه، وبينة الخارج مقبولة على جميع ما ادعى، وإذا قبلنا بينة كل واحد منهم على جميع ما دعاه يقسم الدار بينهم على طريق المنازعة عند أبي حنيفة، فيعطي لمدعي الجميع سبعة أسهم من اثني عشر سهماً من جميع الدار، ويعطي لمدعي الثلثين ثلاثة أسهم من اثني عشر سهماً من جميع الدار، ويعطي لصاحب النصف سهمان، وعندهما يقسم الدار على طريق العول والمضاربة على ثلاثة عشر سهماً، يعطي لصاحب الجميع ستة أسهم من ذلك، ويعطي لصاحب الثلثين أربعة أسهم، ولصاحب النصف ثلاثة أسهم.

وإذا كانت الدار في يدي رجلين: ادعى أحدهما كلها، وادعى الآخر نصفها، ولا بينة لهما، فإن مدعي النصف يحلف لمدعي الجميع، ومدعي الجميع لا يحلف لمدعي النصف؛ لأن مدعي النصف لا يدعي لنفسه شيئاً مما في يد مدعي الجميع، أما مدعي الجميع يدعي لنفسه جميع ما في يد مدعي النصف، فإن حلف مدعي النصف برئ عن خصومة مدعي الجميع، وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله، وقبل الحلف كانت في أيديهما نصفين، فكذا بعد الحلف، وإن نكل لمدعي الجميع بجميع الدار، وإن أقاما البينة قضي لمدعي الجميع بجميع الدار؛ لأن مدعي النصف ادعى لنفسه نصف

الدار في يد النصف، فانصرف دعواه إلى ما في يده؛ فلا تقبل بينته عليه، ومدعي الجميع ادعى جميع الدار، ونصفها في يد مدعي النصف، فتسمع بينته فيه، ونصفها في يده، ولم تسمع بينته، إلا أن مدعي النصف لم يدع شيئاً من ذلك النصف لنفسه، فيترك في يده، فصار جميع الدار لمدعي الجميع من هذا الوجه.

وإذا كانت الدار في يد ثالث، والباقي بحاله، فإن لم يكن لهما بينة حلف الثالث على دعوى كل واحد منهما، فإن حلف برئ عن خصومتهما، وتترك الدار في يده كما كان، وإن أقاما بينة قال أبو حنيفة: يقسم الدار بينهما أرباعاً بطريق المنازعة. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم أثلاثاً بطريق العول والمضاربة.

١٦٨٥٩ - دار في يدي رجلين منها منزل، وفي يدي رجل آخر منها منزل آخر، ادعى أحدهما أن جميع الدار له، وادعى الآخر أن الدار بينهما نصفان، ولا بينة لهما، حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا فالمنزل الذي في يد مدعي الجميع يترك في يديه؛ لأنه برئ عن دعوى النصف بالحلف، فيعاد الأمر إلى ما كان قبل الدعوى، ويقضي بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف، ويترك نصف المنزل في يد مدعي النصف في يده على حاله، ويقضي بالساحة بينهما، أما القضاء له بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف إقرار بذلك لما قال: الدار بيننا نصفان، وأما ترك النصف في يد مدعي النصف؛ لأنه برئ عن دعوى صاحبه في ذلك النصف، وعاد الأمر في ذلك النصف إلى ما كان قبل الدعوى، أما القضاء بالساحة بينهما لأن الساحة في أيديهما على الشيوع، فإنهما يستعملانها، ويتصرفان فيها على السواء.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا كانت الدار في أيديهما، وليس في يد واحد منهما شيء بعينه، فقال أحدهما: الدار بيننا نصفان، وقال الآخر: الدار كلها لي، فإنه يقضي لكل واحد منهما ما[1] في يده، ولا يقضي لمدعي الجميع بشيء مما في يد المدعي النصف، وههنا قال: يقضي لمدعي الجميع بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف؛ لأن في تلك المسألة أمكن تصحيح إقراره من غير إثبات استحقاق شيء عليه؛ لأنه أقر لصاحبه بنصف شائع من الدار، وفي يد صاحبه نصف شائع من الدار، وفي هذه المسألة لا يمكن

(١) في ط: ما

تصحيح إقراره باستحقاق نصف المنزل الذي في يده ؛ لأن المنزل الذي في يده من جملة الدار ، وقد أقر له بنصف الدار شائعًا ، فيكون مقرًا له بنصف هذا المنزل شائعًا ، فلهذا افترقا .

عاد إلى أول المسألة ، فقال : ادعى أحدهما جميع الدار ، وادعى الآخر نصفها ، ولم يزد على هذا ، يعني قال الآخر : نصف هذه الدار لي ، ولم يقل : هذه الدار بيننا نصفان ، لا يقضى لمدعي الجميع بشيء مما في يد مدعي النصف ، ولكن مما في يد مدعي النصف يترك نصفه له ، والنصف الآخر يكون موقوفًا إلى أن يقيم مدعي الجميع البينة ، وإنما جاء الفرق ؛ لأنه لما قال : الدار بيننا نصفان ، فقد أقر لصاحبه بنصف المنزل في يده ، وإقرار الإنسان بما في يده صحيح ، وإذا قال : نصف الدار لي ، فما أقر لصاحبه بشيء من الدار إنما ادعى لنفسه النصف لا غير ، وليس من ضرورة أن لا يكون له ما زاد على النصف أن يكون ذلك لمدعي الجميع ، لجواز أن لا يكون ذلك له ، ولا لمدعي الجميع ، بل يكون لغيرهما ، وإن أقاما البينة في هذه الصورة ، جعلت بينة كل واحد منهما على ما في يد صاحبه ، يقضى لمدعي الجميع جميع المنزل الذي في يد مدعي الجميع

١٦٨٥٢ - دار سفلها في يدي رجل ، وعلوها في يدي رجل آخر ، وطريق العلو في ساحة السفل ، ادعى كل واحد منهما أن جميع الدار له ، ولا بينة لهما ، فإنه يقضى لصاحب العلو بالعلو ، وبحق الممر في الساحة ، ويقضى لصاحب السفل بجميع السفل ، ويترك طريق العلو ، ويجعل طريق العلو في حق الممر كأنه في يد صاحب العلو ، وفي حق الرقبة كأنه في يد صاحب السفل ، هكذا ذكر المسألة في كتاب الدعوى ، وذكر هذه المسألة في كتاب الصلح ، وقال : يقضى بالساحة بينهما ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع .

وضع المسألة في كتاب الدعوى : أن جميع السفل كان في يد صاحب السفل ، فإنه قال : دار سفلها في يدي رجل ، والهاء[1] كناية عن الدار ، فقد جعل جميع السفل في يد صاحب السفل ، إلا أن صاحب العلو كان يمر في الساحة ، فيقضى لصاحب السفل بجميع السفل إلا في حق المرور ، وموضوع ما ذكر في كتاب الصلح أن في يد مدعي

(١) وفي الأصل : والباء كناية

السفل منازل السفل، والساحة في أيديهما. جوابه قال: في دار يسكن فيها رجلان، وأحدهما في منازل من السفل، والآخر في علوها، فقد أشار إلى أن في يد صاحب السفل منازل السفل، وكان يد صاحب السفل على الانفراد ثابتة على منازل السفل، والساحة في أيديهما؛ لأنهما يستعملان الساحة استعمالاً على السواء، فيقضى بالساحة بينهما نصفين.

١٦٨٥٣- دار في يدي ثلاثة، ادعى أحدهم النصف، وادعى الآخر الثلث، وادعى الآخر السدس، وجحد بعضهم دعوى البعض، ولا بينة لواحد منهم، فنقول: يجعل الدار في أيديهم أثلاثًا لاستوائهم في اليد، ويقضى لمدعي النصف والثلث لكل واحد منهم بما في يد كل واحد منهما، وهو الثلث، أما مدعي الثلث فلأنه يدعي لنفسه ثلث الدار، وفي يده الثلث، وقوله فيما في يده مقبول، وأما مدعي النصف فلأنه ادعى لنفسه نصف الدار، وفي يده الثلث، فكان مدعيًا جميع ما في يده، وزيادة سدس إلى تمام النصف مما في يد صاحبه، فيقبل قوله فيما في يده، ولا يقبل فيما في يد صاحبه إلا ببينة، ويقضى لصاحب السدس بنصف ما في يده، وهو سدس الدار، ويوقف السدس؛ لأنه ادعى لنفسه سدس الدار، وفي يديه ثلث الدار، فكان مدعيًا لنفسه نصف ما في يده، وقوله فيما في يده مقبول، وأما النصف الآخر الذي في يده لم يقر به لصاحب النصف، إنما أقر أنه ليس له، وليس من ضرورة أن لا يكون له أن يكون لصاحب النصف، لجواز أن لا يكون له أيضًا، ويكون لغيره، فيوقف ذلك السدس عنده، فإن أقام صاحب النصف بينة سدس الدار؛ لأنه ادعى لنفسه نصفًا كاملاً، وقد تمّ له الثلث، فبقي دعواه في سدس الدار، وذلك في يد صاحبيه، إذ ليس أحدهما بصرف دعواه إلى ما في يده أولى من الآخر.

١٦٨٥٤- دار في يدي رجلين ادعى أحدهما كل الدار، وادعى الآخر نصفها، وأقاما جميعًا البينة، فشهد شهود صاحب النصف أن الدار كانت لأبيه، وأبي الذي ادعى الجميع، فصارت ميراثًا بينهما نصفان، وشهد شهود صاحب الجميع له بالجميع، فإن الدار بينهما يكون أرباعًا؛ لأنهم لما شهدوا على الميراث، فقد شهدوا أن له النصف مما في يده ويد صاحبه؛ لأن الميراث في جميعها، فقد شهدوا به نصف ما في يد صاحبه، ولو شهد شهود صاحب النصف أن الدار بينه وبين صاحب الجميع نصفان،

اشتريناها من فلان بينهما نصفان، وشهد شهود الآخر على الجميع، فإن الدار بينهما نصفان.

قال أبو حنيفة رحمه الله: في دار في يدي رجل يدعي نصفها، وادعى آخر نصفها، وأقاما البينة، فالدار بينهما نصفان، ولم يجمع أبو حنيفة في هذه المسألة نصيب كل واحد منهما في نصف الدار، فيجعل بينهما نصفان، وإن أقام آخر بينة على جميعها، فإنه يجمع نصيب صاحب النصف في نصف الدار، ويجعل لصاحب الجميع النصف خالصًا، ويجعل النصف الآخر بينهم، فقد ترك قوله في هذا، وكان ينبغي أن يضرب كل واحد من صاحب النصف بالنصف في جميع الدار، ويضرب الثالث بالجميع، فيكون نصفها لصاحب الجميع ونصفها للآخرين نصفين.

١٦٨٥٥ - وفي نوادر هشام قال: سمعت محمدًا يقول في دار في يدي أخوين، ادعى أحدهما كل الدار، وادعى الآخر أنها ميراث بينهما من أبيهما، قال: للمدعي كلها ثلاثة أرباع الدار، النصف الذي في يديه، ونصف ما في يد أخيه، وللآخر ربعها، فإن أقاما البينة على ما ادعيا، صار النصف الذي في يد مدعي الكل ميراثًا، فيكون ذلك النصف بينهما نصفان، ويصير النصف الذي في يد مدعي الميراث للآخر، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع الدار، ولمدعي الميراث ربعها، فإن جاء إنسان آخر وأقام البينة أنها داره، فاستحقها، ثم وهبها لمدعي الجميع، فلا شيء لأخيه فيها، وإن وهبها لمدعي الميراث أخذ أخوه نصفها.

١٦٨٥٦ - وفي نوادر [illegible] عن أبي يوسف: رجل أقام بينة على رجل أن له عليه ألف درهم، وأقام آخر بينة عليه أن تلك الألف بينهما نصفان، قال في قول(١) أبي حنيفة رحمه الله: للذي أقام البينة على الألف ثلاثة أرباع الألف، وللآخر ربعها، وقال أبو يوسف ومحمد: هي بينهما أثلاثًا.

١٦٨٥٧ - وفي المنتقى: دار في يدي رجل، ادعى رجل أنها بينه وبين الذي في يديه نصفان، وجحد ذلك الذي في يديه، وادعى أن كلها له، فسأل القاضي المدعي البينة على ما ادعى، فأقام البينة على أن هذه الدار كانت لأبيه فلان مات، وتركها ميراثًا

(١) وفي الأصل: في آخر قول أبي حنيفة

الفصل التاسع
في دعوى الميراث

١٦٨٥٨ - إذا قال في دعواه: هذا العين ملكي[1] ورثته عن أبي، أو قال: صار ميراثاً لي عن أبي، أو كان الشهود شهدوا أن هذا العين ملكه، وورثه عن أبيه، أو قالوا: صار هذا العين ميراثاً له عن أبيه، فالقاضي يسمع دعواه، ويقبل شهادتهم.

ولو شهدوا أن هذا العين كان ملك أبيه إلى يوم موته، مات، وترك ميراثاً لهذا المدعي، ولم يقولوا: وترك هذا العين أو تركه ميراثاً، فقد قيل: لا تقبل الشهادة، ولا بد من ذكر قوله: وترك هذا العين ميراثاً له، أو من ذكر قوله: وتركه، ولكن هذا ليس بصواب، فإنهم لو شهدوا أن هذا العين كان ملك أبيه إلى يوم موته، ولم يتعرضوا لشيء آخر، فالقاضي يقبل شهادتهم، ويقضي بالدار ميراثاً، نص عليه محمد في الشهادات، والمسألة بتمامها مع فروعها مرّت في كتاب الشهادات.

١٦٨٥٩ - دار في يدي رجل أقام رجل البينة، أن أباه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم، وقد مات، وصاحب اليد يجحد ذلك، قال: لا أكلفه البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً له، ولكن أسأله البينة أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره، فإن أقامها أمرت صاحب اليد بدفع الدار إليه، وإنما لم يكلف إقامة البينة أن أباه مات، وتركها ميراثاً له؛ لأنه لما ادعى على ذي اليد بيعه من أبيه، وكل بائع مقر بالملك للمشتري منه صار دعواه بيع ذي اليد من أبيه بمنزلة دعوى إقرار ذي اليد بالملك لأبيه.

ولو ادعى إقرار ذي اليد بالملك لأبيه، وأقام على ذلك بينة، كفى ذلك حجة للقضاء، ولا يشترط فيه جر الميراث، كذا هنا، بخلاف ما لو أقام البينة على نفس الملك للمورث. وإن كانت الدار في يد غير المدعى عليه البيع من أبيه، فالقاضي يسأله البينة على أن أباه مات، وتركه ميراثاً له؛ لأن المدعي على صاحب اليد هنا نفس الملك للمورّث، لا إقراره بالملك للمورّث، وهذا لأن دعوى الإقرار على ذي اليد في المسألة

(١) هكذا في ف وم، وكان في الأصل: «ملك لي».

الأولى في ضمن دعوى البيع عليه، والمدعي في هذه المسألة لا يدعي البيع على ذي اليد، فكان هذا في حق ذي اليد دعوى نفس الملك للمورّث، فلا بد من جرّ الميراث، أو ما يقوم مقامه.

١٦٨٦٠- رجل في يديه دار يزعم أنه ورثها من أبيه، جاء رجل وادعى أنه اشتراها من أبي ذي اليد في حال حياته، ولم يقل وهو يملكها، وكذلك الشهود في شهادتهم لم يقولوا: وهو يملكها، فالقاضي يقضي بالدار للمدعي؛ لأن صاحب اليد مقر بملك الأب حيث ادعى الإرث. وكذلك لو كان الأب حيًا، وادعى المدعي الشراء من أب ذي اليد، وذو اليد يدعي أن أباه وهبها له، فالقاضي يقضي للمدعي ببينته، وإن لم يقولوا في شهادتهم: وهو يملكها، وإنما يحتاج إلى قول الشهود في شهادتهم: وهو يملكها، إذا لم يكن ذو اليد مقرًا بالملك للمدعى عليه الشراء، بأن لم يدّع التملك من جهته.

١٦٨٦١- قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل في يديه دار، ادعاها رجلان: أحدهما ابن أخي الذي الدار في يديه ووارثه لا وارث له غيره، وأقام كل واحد من الرجلين شاهدين أن الدار دار أبيه، مات وتركها ميراثًا له، لا نعلم له وارثًا غيره، فسمع القاضي بينتهما، فقبل أن تزكّيا مات العمّ الذي الدار في يديه، فإن القاضي يسلم الدار إلى ابن الأخ؛ لأنه وارث الميت، فيقوم مقامه فيما كان في يده، كما يقوم مقامه في أملاكه، فإن سلّم القاضي الدار إلى ابن الأخ، ثم زكيت البينتان، فالقاضي يقضي بالدار بين ابن أخ ذي اليد وبين الأجنبي نصفان، وكان ينبغي أن يقضي بالدار كلها للأجنبي؛ لأن الأجنبي خارج وقت القضاء، وابن الأخ ذو اليد، ألا ترى أن ابن الأخ لو أقام البينة على ما ادعى حال حياة العمّ، ولم يقم الأجنبي البينة، ولم يقض القاضي ببينة ابن الأخ حتى مات العمّ، وسلّم القاضي الدار إلى ابن الأخ، ثم أقام الأجنبي البينة على ما ادعى، فإنه يقضي ببينة الأجنبي.

وكذلك إذا لم يقيما البينة حال حياة العم حتى مات العم، ثم أقاما البينة، فإنه يقضي بالدار للأجنبي، لهذا أن الأجنبي خارج وقت القضاء حقيقة، فهو خارج حكمًا.

وقد اختلف عبارة المشايخ في بيان ذلك، فعبارة بعضهم أن ابن الأخ لم يرث الدار

من العم في هذه الصورة، والقاضي سلّم الدار إلى ابن الأخ على وجه الحفظ بطريق النيابة عن العم لا على وجه الميراث.

بيان هذا الكلام : أن الدار صارت مشغولة بحق الأجنبي حال حياة العمّ، فإنه ثبت للأجنبي بإقامة بينة عادلة حق الملك في هذه الدار، وبالتركية ظهر أنها كانت عادلة، ولهذا لم يجز بيع المدعى عليه، وكون التركية مشغولة بحق الأجنبي يمنع الإرث، كما لو كان فيها دين مستغرق لأجنبيّ، أو كان في الدار وصية، وإذا امتنع لحق الأجنبيّ بقيت الدار على حكم ملك العم كأنّ العم حيّ، ولو كان العمّ حيًّا، ودفع الدار إلى ابن الأخ على وجه الحفظ بطريق النيابة عن العم، أليس أنه يقضي بالدار بينهما نصفان؟ واعتبر ابن الأخ خارجًا حكمًا في هذه الصورة مع كونه صاحب اليد حقيقة، ويمكن تقرير هذه العبارة من وجه آخر، وسنذكر ذلك الوجه في تعريفات هذه المسألة إن شاء الله.

وليس كما لو أقام ابن الأخ البينة حال حياة العم، وأقام الأجنبي البينة بعد وفاة العمّ، فإن هناك يقضي بكل الدار للأجنبي، وتبطل بينة الأخ؛ لأن هناك ابن الأخ وقت القضاء صاحب اليد حقيقة وحكمًا. بيانه : أن هناك الدار حال موت العمّ مشغولة بحق ابن الأخ الذي هو وارث لا بحق الأجنبي، وشغل التركة بحق الوارث، لا يمنع الإرث، ألا ترى أن الدين المستغرق للتركة لو كان للوارث لا يمنع ذلك جريان الإرث، فصارت الدار لابن الأخ، وزال عن ملك العمّ ويده حقيقة وحكمًا، فصار الملك واليد لابن الأخ حقيقة وحكمًا، وبقي الأجنبي خارجًا حقيقة وحكمًا، وليس كما لو لم يقيما البينة حال حياة العم حتى مات العم، ثم أقاما البينة؛ لأن هناك الدار وقت موت العم لم تكن مشغولة بحق الأجنبي؛ لأنه لم يوجد من الأجنبي إلا مجرد الدعوى، وبه لا يثبت الحق، ولهذا أجرى إقرار المدعى عليه المدعى به لغيره في هذه الصورة مجرى[1] الإرث، فصارت الدار مملوكة لابن الأخ، وصار هو صاحب اليد حقيقة وحكمًا

وعبارة بعضهم : أن ابن الأخ وإن ورث الدار من العمّ، وصار ذو اليد حقيقة، فقد بقي خارجًا حكمًا ومعنًى.

بيانه : أنه لم يملك الدار على الوجه الذي ادعى وأراد، فإنه ادعى أن هذه الدار

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وفي م: محره.

موروثة له من جهة الأب ، لا من جهة العم ، وله في هذه الدعوى فائدة بعد موت العم حتى لا يتعلق بهذه الدار حقوق العم متى ظهر على العم دين أو وصية ، ولم يجعل هذا المقصود لابن العم بموت العم ، وصورة الدار ميراثاً له ، فبقي محتاجاً إلى إثبات ما ادعى بالبينة لكونه ثابت بظاهر يده ، وليس كما لو لم يقم البينة حال حياة العم حتى مات العم ، ثم أقاما البينة ، فإن هناك يقضي ببينة الأجنبي ، ولم يجعل ابن الأخ خارجاً ، وإن كان محتاجاً إلى إثبات ما ادعاه بالطريق الذي قلنا ؛ لأنا إنما نعتبر الحاجة إلى إثبات المدعى في جانب ابن الأخ إذا كان لابن الأخ منازع في هذه الدار وقت موت العم ، ثبت للنازع نوع خصوصية بهذه الدار من بين سائر الناس ، بأن أقام شاهدين أو أقام شاهداً واحداً ؛ لأن بإقامة شاهدين ثبت له حق الملك ، وبإقامة شاهد واحد صار بحال إذا أقام شاهداً آخر يستحق الدار ، ووقت موت العم لم يثبت له نوع خصوصية من بين سائر الناس ، بأن وجد مجرد الدعوى لا تعتبر مقصود ابن الأخ في هذه الحالة ، فلا تقبل بينته ، وهذا لأن ما هو مقصود ابن الأخ مما ادعى قد يحتاج إليه ابن الأخ بأن ظهر على العم دين أو وصية ، وقد لا يحتاج إليه ابن الأخ بأن لا يظهر عليه دين أو وصية ، وقد يظهر وقد لا يظهر ، فوجب مراعاة مقصوده في حال دون حال مراعياً من الوجه الذي بيناه ، وليس كما لو أقام ابن الأخ البينة على ما ادعى حال حياة العم ، ولم يقم الأجنبي بينة ، فإنه يقضي بالدار كلها للأجنبي ؛ لأنه لم يثبت للمدعي ، وهو الأجنبي وقت موت العم نوع خصوصية بهذه الدار من بين سائر الناس ؛ لأنه لم يوجد منه إلا مجرد الدعوى ، وفي هذه الحالة لا يعتبر مقصوده ، وإذا لم يعتبر صار هو ذو اليد حقيقة وحكماً ، فيقضي ببينة الأجنبي .

ثم إذا قضى القاضي بالدار بين الأخ وبين الأجنبي نصفين ، أقام الرجل الأجنبي بعد ذلك بينة على ابن الأخ أن الدار داره ، ورثها من أبيه ، وأراد أخذ[1] ما صار لابن الأخ ، لم يكن له ذلك ؛ لأن كل واحد منهما أقام البينة على كل الدار ، ولولا بينة صاحبه لما حرم عن النصف ، فعلم أن كل واحد منهما صار مقضياً عليه فيما صار لصاحبه بالقضاء ، وبينة المقضي عليه فيما صار مقضياً عليه لا تقبل إلا إذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له ، ولم يوجد ههنا ، فلو أن القاضي زكى شهود الرجل الأجنبي

(١) وكان في الأصل فقط : وأراد أخذ ما صار لابن الأخ .

بعد موت العم، ولم يترك شهود ابن الأخ، فقضى بالدار كلها للأجنبي؛ لأن حق الأجنبي قد ظهر من كل وجه، وحق ابن الأخ عسى لا يظهر، وليس لظهوره وقت معلوم، فيقضي بالدار كلها للرجل الأجنبي لهذا، ويبطل بينة ابن الأخ حتى إذا ظهرت عدالة الشهود لا يقضى له بشيء ما لم يقم البينة ثانياً[1]؛ لأن القاضي لما قضى بالدار كلها للأجنبي بالدليل الذي ذكرنا مع قيام ما يوجب القضاء بالنصف لابن الأخ، وهو شهادة شهود ابن الأخ تضمن القضاء بالدار كلها للأجنبي إبطال بينة ابن الأخ، وللقاضي ولاية إبطال البينة، إذ للأخ ذلك دليل الإبطال، والقاضي إذا أبطل البينة في حادثة لا يجوز القضاء بها في تلك الحادثة أبداً.

وإن جاء ابن الأخ بعد ذلك بشهود، شهدوا أن هذه الدار داره، ورثها من أبيه، قبل القاضي شهادته، وقضى بكل الدار لابن الأخ[2]، سواء جاء بشهود آخرين، أو جاء بتلك الشهود؛ لأنه لو لم يقبل شهادة شهوده إنما لا تقبل لصيرورته مقضياً عليه ببينة الأجنبي، ولا وجه إليه؛ لأن بينة الأجنبي قامت على العم، لا على ابن الأخ، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا جاء بشهود آخرين، مشكل فيما إذا جاء بتلك الشهود، وينبغي ألا تقبل شهادتهم في هذه الصورة؛ لأن القاضي أبطل شهادتهم في عين هذه الحادثة، والقاضي متى أبطل شهادة الشهود في حادثة لا تقبل شهادته في عين تلك الحادثة، وإن صاروا عدولاً.

والجواب عن هذا الإشكال من وجهين، أحدهما: أن القاضي ما رد شهادتهم لتهمة الكذب، بل لضرورة القضاء بكل الدار للأجنبي، ورد الشهادة إذا لم يكن لتهمة الكذب لا يمنع قبولها بعد ذلك، والثاني: إن كان رد الشهادة لتهمة الكذب، ولكن هذه حادثة أخرى غير تلك الحادثة؛ لأن المشهود عليه في الكرة الأولى العم، والمشهود عليه في الكرة الثانية ابن الأخ، والشهادة متى ردت لتهمة الكذب إنما لا تقبل تلك الشهادة في عين تلك الحادثة لا في حادثة أخرى، ألا ترى أن الفاسق إذا شهد، ورُدّت شهادته في باب، وشهد للمشهود له في حادثة أخرى، قبلت شهادته، كذا ههنا، فإن قال

(١) كانت هذه العبارة مكررة.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وب وم: «وقضى الدار للأجنبي سواء».

الأجنبي بعد ذلك : أنا أعيد البينة على ابن الأخ أن الدار داري ورثتها ، فالقاضي لا يقبل بينته ؛ لأنه صار مقضيًا عليه من جهة ابن الأخ .

قال : ولو أن القاضي ذكر شهود ابن الأخ بعد موت العم ، وما زكى شهود الأجنبي ، قضى بكل الدار لابن الأخ ، وبطلت بينة الأجنبي حتى لو زكيت شهوده بعد ذلك ؛ لا يقضي له بشيء ؛ لما قلنا في جانب ابن الأخ . فإن أعاد الأجنبي البينة على ابن الأخ بعد ما قضى القاضي لابن الأخ ، قضى للأجنبي . فإن قال ابن الأخ : أنا أعيد البينة على الأجنبي ، لم يلتفت القاضي إليه ؛ لما قلنا .

قال : فإن أقام الأجنبي البينة حال حياة العم أن الدار داره ، ورثها من أبيه ، ولم يقم ابن الأخ البينة على دعواه حتى مات العم ، وصارت الدار في يد ابن الأخ بحكم الميراث ، ثم أقام ابن الأخ البينة على دعواه ، وزكيت بينتهما ؛ قضى بالدار بينهما ، وإن صار اليد لابن الأخ ؛ لما ذكرنا من العبارتين .

وقد ذكرنا قبل هذا في عبد في يدي رجل أقام رجل بينة ، أنه عبده اشتراه من ذي اليد بكذا ، ونقده ، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان الغائب أودعه إياه ، لا تندفع الخصومة عن ذي اليد ؛ لأنه انتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه ، فلو أن القاضي لم يقض ببينة مدعي الشراء حتى حضر المقر له ، وصدّق ذو اليد في إقراره ، فإنه يدفع العبد إليه ، فإن زكيت بينة مدعي الشراء ، يقضي لمدعي الشراء بالعبد على المقر له ، فلو أن المقر له أقام البينة أن العبد عبده ، كان أودعه الذي كان العبد في يده ، يقضي بالعبد كله للمقر له ، وتبطل بينة مدعي الشراء .

وذكرنا ثمة عن الفقيه محمد بن حامد رحمه الله : أن ابن سماعة كتب إلى محمد في مسألة العبد ، ولم يذكر ثمة كيفية المكتوب ، وكان كيفية المكتوب : ما بال الغائب المقر له إذا أقام البينة أن العبد عبده أودعه المقر ، قضيتم بالعبد له ، ولم تقضوا بينه وبين مدعي الشراء نصفان ، وأنتم جعلتم اليد للمقر في الحكم ، وإن كان العبد في يد الغائب المقر له ، وإذا جعلتم اليد للمقر صار الغائب مع مدعي الشراء خارجين يدعيان على ذي اليد عبدًا أو دارًا .

وذكرنا أن ابن سماعة استشهد بمسألة تأتي بعد هذا وهي[1] هذه المسألة : ابن سماعة كتب إلى محمد : أن الأمر كما تقول : إن العبد يقضى بين المقر له وبين المدعي للشراء نصفين، كما في هذه المسألة التي وقع الاستشهاد بها. وذكرنا ثمة أن القاضي أبا الهيثم كان يصحح جواب محمد في مسألة العبد: أنه يقضي بالعبد كله للمقر له، وذكرنا وجه ذلك: أن مدعي الشراء يدعي الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول، والغائب المقر له لا يدعي الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول، ولهذا يثبت الترجيح لبينة الغائب المقر له، وبهذا الحرف يقع الفرق بين مسألة العبد وبين مسألتنا هذه؛ لأن الأجنبي مع ابن الأخ كل واحد منهما يدعي الاستحقاق على العم، ولا يدعي أحدهما استحقاقًا على صاحبه، وصاحبه من جهته حتى يترجح، فيقضى بينه وبين ابن الأخ نصفان من هذا الوجه. ومن مشايخنا من اتبع القاضي أبا الهيثم في تصحيح جواب محمد: أنه يقضي بالعبد كله للمقر.

وذكر بين مسألة العبد وبين مسألتنا فرقًا آخر، فقال: المقر له في مسألة العبد غير محتاج إلى إثبات ملكه في العبد بعد ما أقر له ذو اليد؛ لأن العبد صار ملكًا له على الوجه الذي ادعى بإقرار ذي اليد، فاستغنى عن إثبات الملك لنفسه، إنما حاجته إلى أن يبين أن بينة مدعي الشراء قامت على غير خصم حتى يبطل بينته، فإن لذي اليد أن يطعن في بينة الخارج حتى يبطل بينته، وقد بين المقر له بما أقام من البينة أن بينة مدعي الشراء قامت على غير خصم؛ لأنها قامت على مودعه، والمودع لا يكون خصمًا فيما يستحق على صاحب الوديعة، فبطلت بينة المشتري، إلا أن بينتهما ثابتة على المقر، فأما في مسألتنا هذه الدار وإن صارت لابن الأخ بعد موت العم إلا أنها لم تصر له على الوجه الذي أراد وادعى على ما مر بيانه، فبقي محتاجًا إلى إثبات[2] ما ادعى، فاعتبر خارجًا معنى، والأجنبي خارج حقيقة يقضي بالدار بينهما.

ولو أقام كل واحد منهما شاهدًا واحدًا حال حياة العم، ثم مات العم، وصارت الدار ميراثًا لابن الأخ، ثم أقام كل واحد منهما شاهدًا آخر، وزكيت البينتان، تقضي

---

(١) هكذا في الأصل، وكذا في بقية النسخ: "أن".

(٢) وفي الأصل: "إثبات الملك ما ادعى".

بالدار بينهما نصفان، وهذا الجواب لا يشكل على الوجه الثاني ؛ لأن ابن الأخ على الوجه الثاني اعتبر خارجًا، وإن ملك الدار بالإرث على ما مر، أما يشكل على الوجه الأول ؛ لأن بإقامة الأجنبي شاهدًا واحدًا لا يثبت له حق الملك في الدار حتى يمتنع الإرث في الدار لحق الأجنبي، فيصير الدار ميراثًا لابن الأخ، فيعتبر هو ذو اليد.

والوجه في ذلك أن نقول : بإقامة الشاهد الواحد إن كان لا يمنع الإرث في الدار لابن الأخ من حيث إنه لم يثبت للأجنبي حق الملك في الدار، يمنع الإرث[1] له من وجه آخر حتى لا يبطل ما أقام الأجنبي من الشاهد الواحد بمجرد قول ابن الأخ الذي يحتمل الصدق والكذب.

بيانه : أن شهادة الشاهد الواحد من الأجنبي انعقدت معتبرة في الجملة ؛ فلو ورث ابن الأخ الدار من العم، وصار ذو اليد لا بد وأن يقبل قوله : إنه ورثها من أبيه لا من عمه ؛ لأن قول الإنسان في ملكه مقبول في بيان جهة الملك واليد، وهذا العبد الذي في يديك عبدي وهبه لي عبد الله، وصدقه عبد الله، وكذبه ذو اليد، ثم إن هذا الرجل اشترى هذا العبد من ذي اليد حتى ملكه، يجعل العبد في يده بحكم الهبة له من عبد الله، حتى كان لعبد الله أن يرجع فيه، فثبت أن قول الإنسان في ملكه مقبول في جهة الملك، فيقبل قوله : إنه ورثها من أبيه، ومتى قبل قوله : إنه ورثها من أبيه لا من عمه بطل ما أقام الأجنبي من الشاهد الواحد، ويلزمه الإعادة ثانيًا ؛ لأنه لم يقم مقام العبد في هذه الدار حتى يجعل إقامة الشاهد الواحد على العم كإقامته عليه، إنما قام مقام أبيه في هذه الدار، ولم يقم الأجنبي الشاهد على أبيه، إنما أقامه على عمه، فبطل ما أقام الأجنبي من الشاهد الواحد بمجرد إقرار ابن الأخ الذي هو محتمل للصدق والكذب، فلهذه الضرورة امتنع الإرث، والتقريب ما ذكرنا.

قال : ولو كان كل واحد منهما أقام شاهدًا واحدًا على العم، فلما مات العم أقام الأجنبي شاهدًا آخر، فزكي شاهداه، وقضى القاضي له بالدار، ثم إن ابن الأخ أقام شاهدًا آخر على حقه مع الشاهد الأول، فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ؛ لأن ما أقام ابن الأخ من الشاهد الواحد على العم قد بطل بقضاء القاضي للأجنبي ببينته، ألا ترى أنه لو

---

(١) هكذا في ظ ف م، وكان في الأصل : يمنع الإرث في الدار لحق الأجنبي له من وجه آخر

كان أقام شاهدين على العم، تبطل شهادتهما بقضاء القاضي للأجنبي بالدار، فأولى أن يبطل الشاهد الواحد. فإن أعاد ابن الأخ الشاهدين على الأجنبي، قضي له بالدار؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه ببينة الأجنبي؛ لأن بينة الأجنبي قامت على العم، وابن الأخ لا يدعي تلقي الملك من جهة العم، إنما يدعي ذلك من جهة أبيه.

١٦٨٦٢ - قال محمد في "الجامع" أيضًا: دار في يدي رجل يدعي أنها داره، فأقام آخر بينة أنها داره ورثها من أبيه فلان، لا وارث له غيره، وأقام آخر على ذي اليد بينة أنها دار أبيه فلان مات، وتركها ميراثًا له ولأخيه هذا الذي الدار في يديه، لا وارث له غيرهما، وذو اليد يجحد ذلك، ويدعي أنها داره، وزكيت البينتان، ذكر أنه يقضى بالدار بين الخارج الأجنبي، وبين أخي ذي اليد أرباعًا، ثلاثة أرباعها للخارج الأجنبي، وربعها لأخي ذي اليد، ولا شيء لذي اليد، هكذا ذكر في الكتاب من غير ذكر خلاف، من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله، أما على قولهما: يجب أن يقضي بالدار بينهما أثلاثًا، ثلثاها للخارج الأجنبي، وثلثها لأخي ذي اليد، وهذا القائل جعل هذه المسألة فرعًا لمسألة أخرى ذكرها في كتاب الدعوى.

وصورتها: رجل في يديه دار تنازع فيها رجلان أحدهما ادعى كلها، وادعى الآخر نصفها، وأقاما جميعًا البينة، ذكر أن الدار يقضى بينهما أرباعًا عند أبي حنيفة على طريق المنازعة، وعندهما: يقضى بينهما أثلاثًا على طريق المضاربة، فههنا يجب أن يكون كذلك؛ لأن الخارج الأجنبي ادعى لنفسه كل الدار، وأخو ذي اليد ادعى لنفسه نصف الدار، ومنهم من قال: هذه المسألة على الوفاق، وما ذكر من الجواب قول الكل، عرف ذلك برواية ابن سماعة في "نوادره" عن محمد: أن القاضي يقضي بالدار بين الخارج الأجنبي، وبين أخي صاحب اليد أرباعًا.

وبيان ذلك: أن الأجنبي مع أخي ذي اليد كل واحد منهما يدعي جميع الدار لأبيه؛ لأنه يدعي الملك لنفسه بطريق الميراث عن الأب، وصح دعوى أخي ذي اليد جميع الدار لأبيه، كما صح دعوى الأجنبي؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فيما يستحق له. وإذا صح دعوى كل واحد منهما جميع الدار، صار كأن أبا كل واحد منهما حي، وادعى لنفسه كل الدار، وشهد الشهود له بذلك، وهناك يقضي بالدار بين

الأبوين نصفان، فكذا هنا يكون نصف الدار لابن الأجنبي، والنصف لابني أخي ذي اليد، إلا أن أخا ذي اليد لا يدعي لنفسه من النصف الذي صار لأبيه إلا نصفه، وهو ربع الكل، فإن في زعمه أن هذا النصف له ولأخيه كل واحد نصفه، وهو ربع الكل، وأخوه لا يدعي ذلك الربع لنفسه، فيستحقه الأجنبي؛ لأن الأجنبي أثبت كل الدار لنفسه، لكن لم يقض له بجميع الدار لمنازعة[1] أخي ذي اليد[2] إياه، ولا منازعة لأخي ذي اليد معه إلا في مقدار الربع، فيسلم ما وراء الربع للأجنبي، بخلاف مسألة الدعوى؛ لأن هناك مدعي الجميع يدعي لنفسه كل الدار، ومدعي النصف يدعي النصف لا غير، فكانت المسألة على الخلاف؛ أما هنا بخلافه.

فإن أراد ذو اليد أن يدخل مع أخيه في الربع الذي صار له، وقال له: قد أقررت بأن النصف الذي أصاب لأبينا من هذه الدار بيني وبينك نصفان، فيرد ورد عليه الاستحقاق يكون مستحقاً على الكل، وما بقي يبقى على الكل، فليس له ذلك؛ لأن من حجة أخيه أن يقول: الاستحقاق ورد عليك بجحودك، وجحودك حجة في حقك خاصة، دون غيرك، فهو بمنزلة نصراني مات عن ابنين، ثم أسلم أحدهما، ثم شهد نصرانيان على الميت بدين، فإنه يستوفي كله من نصيب الابن النصراني، ولا يرجع هو على أخيه المسلم بشيء؛ لأن الاستحقاق وقع عليه بما هو حجة في حقه دون غيره.

أو نقول بعبارة أخرى: الأخ يقول لذي اليد: الاستحقاق ورد عليك؛ لأنك كنت ذا اليد، أما أنا فكنت خارجاً، وما كان للقاضي أن يقضي بنصيبي لاستوائنا في كوننا خارجين، أو نقول بعبارة أخرى: الأخ يقول لذي اليد: قضاء القاضي بالربع للأجنبي انصرف إلى نصيبك خاصة؛ لأن تصحيح قضاء القاضي واجب ما أمكن، وإنما يصح قضاء القاضي بكل الربع للأجنبي إذا كان كل الربع لذي اليد، أما إذا كان مشتركاً بينه وبين أخيه، لا يصح في نصيب أخيه؛ لأن الأجنبي صار مقضياً عليه فيما صار لأخي ذي اليد بالقضاء، وبينة المقضي عليه لا تسمع على المقضي له إلا إذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له، فعلم أن القضاء انصرف إلى نصيب ذي اليد خاصة.

---

(١) هكذا في الأصل، وفي "ط": لمنازعة.

(٢) هكذا في "ط"، وفي الأصل: أخي اليد.

قال: ولو كان الذي في يديه الدار أقر أنه ورثها من أبيه بعد ما أنكر الوراثة، وبعد ما أقاما البينة، فالجواب فيه والجواب فيما إذا لم يقر بالوراثة سواء، يقضى بثلاثة أرباع الدار للأجنبي، وبربعها لأخي ذي اليد؛ لأن إقراره لم يصح في حق أخيه؛ لأن أخاه استحق ربع الدار بالبينة، وبإقرار صاحب اليد يبطل ذلك الاستحقاق؛ لأنه يصير صاحب اليد مع صاحب اليد[1]- لأن التركة في يد أحد الورثة كما في يد الكل حكمًا على ما عرف، وبينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق والميراث مع بينة الخارج لا تقبل عندنا، فلم يصح إقرار ذي اليد في حق أخيه، وصار وجوده والعدم بمنزلة، ولو انعدم إقراره أليس أنه يقضى بالدار بينهما أرباعًا، فكذا ههنا.

وإن كان يقر ذو اليد بالوراثة قبل إقامة البينة، ثم أقاما البينة، يقضى بكل الدار للأجنبي؛ لأن إقرار ذي اليد في هذه الصورة صحيح في حق أخيه؛ لأنه لا يبطل عليه حقه؛ لأنه بمجرد الدعوى لا يستحق شيئًا، فإذا صح إقراره في حق أخيه صارا جميعًا ذا اليد على ما ذكرنا، وكان بينة الخارج أولى، فلهذا قضى بجميع الدار للأجنبي.

قال: ولو كان ذو اليد من الابتداء ادعى أن هذه الدار كانت لأبيه، مات وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه فلان، وأخوه غائب، فأقام الأجنبي البينة على أنها داره ورثها من أبيه، وقضى القاضي بالدار للأجنبي ببينته، ثم حضر أخو ذي اليد، وأقام البينة أن الدار كانت لأبيه فلان مات، وتركها ميراثًا بينه، وبين أخيه ذي اليد، فإن القاضي لا يقبل بينته؛ لأن إقرار صاحب اليد قبل إقامة الأجنبي البينة صحيح في حق أخيه على ما مر، وثبت بإقراره كون الدار ميراثًا بينه وبين أخيه الغائب، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت وعن باقي الورثة فيما يكون ميراثًا عن الميت، فصار الغائب مقضيًا عليه بالقضاء على ذي اليد، فلا تقبل بينته بعد ذلك.

وإن كان إقرار ذي اليد أن الدار ميراث بينه وبين أخيه الغائب فلان بعد ما أقام الأجنبي عليه البينة أنها داره ورثها من أبيه، وقضى القاضي عليه للأجنبي بكل الدار، ثم حضر أخو ذي اليد، وأقام البينة على أن الدار كانت لأبيه، مات، وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه، قبل القاضي بينته؛ لأن إقرار ذي اليد على أخيه في هذه الصورة لا يصح؛

(١) هكذا في الأصل وف، وكان الظاهر: "لأنه يصير صاحب اليد مع صاحب اليد" لأن التركة

لأن الأخ ببينته استحق القاضي على صاحب اليد بجميع الدار على أن يكون المقضي عليه صاحب اليد لا غير، ولو أقر بإقراره بعد ذلك يريد أن يدعي أنها مغصوبة منه أيضًا على ما ذكرنا، وفي ذلك ضرر على أخيه؛ لأنه لا تسمع بينته حتى حضر، فلم يصح إقرار ذي اليد على أخيه، ولم يصر الأخ مقضيًا عليه، فيجعل بينته كأنه أقام بينة أجنبي آخر، ثم يقضي له بنصف الدار؛ لأنه لا يدعي لنفسه إلا نصف الدار.

١٦٨٦٣ - قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل يدعي أنها له، فلا حق لأحد فيها، جاء رجل، وادعى أنها داره، وورثها من أبيه، وأقام على ذلك بينة، وقضى القاضي بها له للمدعي، ودفعها إليه، ثم حضر أخوه الذي كانت الدار في يديه، وأقام بينة أن الدار كانت لأبيه مات، وتركها ميراثًا له ولأخيه فلان الذي كانت الدار في يديه، فالقاضي يقضي بنصف الدار للأخ ذي اليد، ويدع نصف الدار على حاله في يد المقضي له، ويقبل بينته؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه بالقضاء على أخيه ذي اليد؛ لأنه جحد ذو اليد كون الدار ميراثًا، وإنما يقضي له بنصف الدار؛ لأنه لا يدعي لنفسه إلا نصف الدار، وإن أراد ذو اليد أن يدخل على أخيه في النصف الذي قضى له، فليس له ذلك، لما ذكرنا.

١٦٨٦٤ - إذا كانت الدار بين ثلاثة نفر غير مقسومة، مات أحدهم، فأقام رجل البينة أنه أخو الميت ووارثه، لا يعلمون له وارثًا غيره، فقضى القاضي له بنصيب الميت، ثم جاء رجل آخر، وادعى أنه ابن الميت، وكذبه الأخ، وصدقه الشريكان في الدار، فأراد أن يدخل في نصيبهما؛ لأنهما أقرا بشركة في الدار، ليس له ذلك.

وكذلك لا يدخل في نصيب الأخ فيقضى له بنصيب الميت. أما لا يدخل في نصيب الأخ؛ لأن ذلك صار ملكًا له ظاهرًا بحكم القضاء، والملك الثابت للإنسان لا يستحق إلا بإقرار أو بينة تقوم، ولم يوجد شيء من ذلك هاهنا.

فلو تبين، وحدث البينة هنا؛ لأن الشريكان نصيبهما ملك لهما. قال: المذكور في الكتاب أنهما شهدا به، ... لأن الإنسان ليس بحجة على غيره، وإنما لا يدخل في نصيب الشريكين وإن أقرا أن له شركة في الدار؛ لأنهما إنما أقرا له بنصيب الميت، ونصيب الميت صار للأخ بقضاء القاضي؛ لأن قضاء القاضي انصرف إلى نصيب الميت فيصير كأنما

للمضمون، فيؤخذ أقراره بما في يد الأخ[1] لا بما في أيديهما، فلا يكون له أن يدخل في نصيبهما.

قال في الكتاب: ألا ترى أن رجلاً لو أقام بينة، أنه اشترى من الميت في حياته نصيبه بألف درهم، ونقد الثمن، وقضى القاضي له بذلك، وجحد وارث الميت أن البيع لم يكن، وأن المدعي مبطل في دعواه، وأن شهوده شهدوا بزور، أكان للوارث أن يدخل في نصيب الشريكين؟ لا شك أنه ليس له ذلك؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً.

ولو عاينا أن الميت باع نصيبه من الدار، لا يكون لوارث الميت أن يدخل فيما في يد الشريكين؛ لأن البيع انصرف إلى نصيبه خاصة، فلم يكن له أن يدخل بعد هذا فيما في يد الشريكين، فكذا هذا انصرف القضاء إلى نصيب الميت لا يكون للابن أن يدخل في نصيب الشريكين.

قال: ولو كان الأخ أخذ نصيب الميت بغير قضاء، بأن تغلب عليه وأخذه، ثم جاء رجل وادعى أنه ابن الميت، وصدقه الشريكان في ذلك، وكذبه الأخ، دخل الابن في نصيب الشريكين؛ لما ذكرنا أن قضاء القاضي انصرف إلى نصيب الميت خاصة، ولما تميز نصيب الميت عن نصيب الشريكين كان إقرار الشريكين للابن[2] بنصيب الميت، لا بما في أيديهما، فلا يكون له حق المشاركة فيما في يد الشريكين. أما ههنا لم يوجد ما يوجب تميز نصيب الميت عن نصيب الشريكين وهو قضاء القاضي، فبقيت الدار مشاعاً بينهم، فما توى منه بالاستيلاء للأخ عليه يتوى على الشركة، وما بقي يبقى على الشركة، هذا هو الحكم في المال المشترك إذا ذهب منه شيء، وإذا كان الباقي على الشركة بين الشريكين وبين الميت، فيقول: الشريكان أقرا بما هو للميت في أيديهما للمدعي تبرعاً، فيصير ذلك له بإقرارهما، فيدخل على ما في يد الشريكين لهذا.

١٦٨٦٥ - قال: ولو أن الدار كانت في يد الثلاثة، فمات واحد منهم، وأقام رجل البينة أنه أخو الميت ووارثه، لا وارث له غيره، وقضى القاضي بالثلث لهذا الأخ، ثم إن هذا الأخ مع الشريكين اقتسموا الدار بقضاء أو بغير قضاء، وأخذ كل واحد منهم منزلاً

(١) هكذا في ظ، ووقع في الأصل وم: «الأخ».

(٢) هكذا في ظ، ووقع في الأصل وف وم: «الأب».

للشفيع حق الشفعة في الربع الذي ملكه المشتري من نصيب البائع بإزاء الربع الذي تركه على البائع، ولو اعتبر مبادلة يتجدد للشفيع حق الشفعة، والدليل عليه أن ليس للشفيع نقض قسمة المشتري، ولو اعتبر مبادلة في حق الثالث كان للشفيع حق نقضها، كما كان له حق نقض بيعه.

قلنا: إنما لم يتجدد للشفيع حق الشفعة لأن حالة القسمة كان المشتري القاسم شريكًا له في الدار، والشفيع جار، والشريك مقدم على الجار، وإنما لا يكون للشفيع أن ينقض القسمة؛ لأن نقضها لا يفيد، لأنه لو نقضها احتاجا إلى إعادتها ثانيًا، والثاني أن القسمة مما يؤكد قبض المشتري؛ لأنها من تمام القبض؛ لأن قبل القسمة يكون المقبوض بعضه حقه، وبعضه حق غيره، وبالقسمة يصير المقبوض كله حقه، وليس للشفيع أن ينقض قبض المشتري حتى يأخذ الدار من البائع لتكون العهدة له على البائع من حيث إن البائع أملى من المشتري، فكذا لا يكون له نقض ما يؤكده.

فإن قيل: ما ذكرتم أن القسمة في الأشياء المتفاوتة تعتبر مبادلة في حق الثالث مستقيم على قول محمد، غير مستقيم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فقد ذكرنا في كتاب الإقرار: إذا كانت الدار بين رجلين نصفين، وأوصى أحدهما ببيت بعينه من الدار المشتري، ثم مات الموصي، فاقتسم شريك الموصي مع ورثة الموصي، إن وقع المنزل الموصى به في قسم ورثة الموصي، فإنه يصح الوصية في جميع المنزل على قول أبي حنيفة أبي يوسف: إذا كان جميع المنزل يخرج من ثلث ماله، وإن وقع في نصيب شريك الموصي كان للموصى له بالمنزل أن يأخذ جميع ذرعان المنزل الموصى من ثلث ماله على قولهما، ولو كانت هذه القسمة مبادلة في حق الثالث، والموصى له ثالث، كان يجب أن يقال: بأنه إذا وقع المنزل الموصى به في نصيب ورثة الموصي أن يصح الوصية في نصف المنزل الموصى به كما قال محمد؛ لأن نصف المنزل الموصى به ملك الموصي وقت الوصية، ونصفه ملك شريكه بإزاء نصف المنزل الذي تركه على شريكه بالقسمة.

١٦٨٦٦ - ومن أوصى بعين لا يملكه، ثم ملكه، فإنه لا يصح الوصية به، وإن ملكه بعد ذلك، إلا أن تكون الوصية مضافة إلى حالة الملك، بأن قال: إن ملكت عبد

العين، فهو وصية ثمّ، ثم ملك العين، والوصية ههنا غير مضافة إلى الملك، وقد قالا: بأنه يصح في جميع المنزل إذا وقع في نصيب ورثة الموصي، واعتبراها إفرازاً في حق الثالث، وهو الموصى له، وإذا وقع المنزل الموصى به في نصيب شريكه، كان يجب أن يقال: يستحق الموصى له الأخذ بنصف ذرعان المنزل لا بجميعه؛ لأن نصف ما أصاب ورثة الموصي بدل المنزل الموصى به؛ لأن نصف المنزل الموصى به كان ملكاً للموصي، ونصفه ملك شريكه، وهو إنما يستحق البدل بإزاء ما كان ملكاً له، لا بإزاء ما كان ملك شريكه.

والأصل أن من أوصى بعين ملكه، ثم زال ملكه عن العين من غير اختياره، وأخلف بدلاً يتعلق الوصية ببدله، كما لو أوصى بعبد بعينه لإنسان، فقتل قبل موته خطأً، حتى وجبت القيمة، يتحول الوصية إلى بدله، فكذا ههنا تتحول الوصية إلى بدل النصف الذي كان ملكاً له. فأما النصف الآخر من المنزل الموصى به كان ملك شريكه، فالوصية بذلك النصف حصل في ملك الغير، والوصية في ملك الغير لا تصح، لا في عينه ولا في شيء آخر، فكيف يستحق الموصى له الأخذ بذرعان ذلك النصف؟

فمن المشايخ من قال: مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أن هذه القسمة إفراز محض، والبدل بمنزلة الوصية، وهذا القائل يقول: ما ذكره في "الجامع" قول محمد لا قولهما، وبعد أن سلم أن المذكور في "الجامع" قول الكل، فالجواب لأبي حنيفة وأبي يوسف أن المنزل الموصى به بجميعه مملوك لكل واحد منهما بكماله من حيث الحكم، من حيث إن تصرف شريكه لا ينفذ فيه، لا في جميعه ولا في نصفه شفعاً كان الكل ملك الآخر، وإذا كان الأمر هكذا نقول: إن وقع المنزل في نصيب ورثة الموصي، يعتبر المنزل بكماله مملوكاً لشريكه حكماً، وقد اشتراه الموصي وأخرجه على شريكه عن نصيبه مثل ذلك، إلا أنه مع هذا تصح الوصية منه في جميعه، وإن أوصى[1] بعين لا يملكه وقت الوصية؛ لأنه سبب ملك في العين الموصى به وقت الوصية، وهي الشركة في الدار، فإن الشركة في الدار سبب ثبوت الملك له في المنزل بالقسمة، فقام سبب الملك مقام الملك، فصحت الوصية بجميع المنزل، وإذا اعتبر المنزل بكماله ملكاً لشريكه من حيث الحكم

(١) هكذا في ظ، وكذا في الأصل وقد ورد "نصي".

وإذا وقع المنزل الموصى به في نصيب شريكه، يصير المنزل مملوكاً للموصي بكماله من حيث الحكم؛ ثم صار لشريك الموصي لما أخذ الموصي من شريكه مثل ذلك، فكأن جميع ذرعان المنزل بدل المنزل بهذا الاعتبار، فيتحول الوصية إليها؛ لما ذكرنا أن الوصية بالعين متى صحت، ثم زال العين عن ملك الموصي من غير اختياره، وخلفه بدلا أن الوصية تتحول إلى البدل. فإذن وجب تنفيذ الوصية في جميع المنزل، واستحق الموصى له الأخذ بجميع ذرعان المنزل عند أبي حنيفة رحمه الله لهذا؛ لأن عند القسمة لم تعتبر مبادلة في حق الثالث، وهو الموصى له.

وإن كان مكان الدار عروض أو ثياب، أو ما أشبه ذلك مما لا يكال ولا يوزن، فالجواب فيها كالجواب في الدار؛ لأن المعنى لا يختلف وإن كان مكانه دراهم أو دنانير، أو ما أشبه ذلك مما يكال أو يوزن من جنس واحد، أو كان من العدديات المتقاربة التي يضمن مستهلكها بالمثل من جنسها، فاقتسموا ذلك وأخذ كل واحد الثلث بقضاء أو بغير قضاء، فإن الابن المقر له لا يدخل في نصيب المقرين؛ لأن القسمة في هذه الأشياء إفراز لعين الحق في حق الناس كافة، ليس فيها معنى المبادلة لعدم التفاوت بين الأجزاء، ألا ترى أن لكل واحد أن يأخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضى، وألا ترى أن ثلاثة لو اشتروا كراً من طعام بمائة، واقتسموه بينهم، فكل واحد منهم ثلاثة كان له أن يبيع نصيبه وهو الثلث مرابحة على ثلث المائة، وما كان هكذا لم يصل إلى كل واحد من المقرين شيء من حق الميت ولا كذلك مسألة الدار على نحو ما بينا.

١٦٨٦٧- وفي «نوادر المعلى» عن أبي يوسف: رجل أقام بينة على ميت أنه أخوه لأبيه وأمه، لا يعلمون له وارثاً غيره، وأقامت امرأة بينة أنها بنت الميت؛ إنه جعلت الميراث بينهما نصفين، ولا أسألها[1] بينة أنهم لا يعلمون لها وارثاً غيرها قال: ألا ترى أن رجلاً لو مات، وترك ابناً فشهد الشهود أنه وارثه لا يعلمون له وارثاً غيره، وكل أحد أقام بينة على نسبه أشركته في الميراث، ولا أسأله بينة على عدد جميع الورثة.

١٦٨٦٨- وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: رجلان في أيديهما دار، أقام

(١) وفي ب: «أسألهما».

أحدهما بينة أن هذه الدار كانت لأمه ماتت، وتركتها ميراثًا بيني[1] وبين أبي أرباعًا، ثم مات الأب، وترك ذلك الربع بيني وبينك، وأقام الآخر بينة أن هذه الدار كانت لأبي مات، وتركها ميراثًا بيني وبينك، قال: آخذ بينة التي ادعى ثلاثة الأرباع لنفسه، ولا أقبل بينة الآخر؛ لأن الآخر يدعي النصف لنفسه، وهي في يديه، فيكون ثلاثة أرباعها لذلك من قبل أمه، ونصف الربع الآخر له من أبيه، ونصف الربع الآخر بحكم إقراره.

١٦٨٦٩ - رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها وأنكرت، ثم مات الرجل، فجاءت تدعي ميراثه، فلها الميراث. وكذلك لو كانت المرأة ادعت النكاح، وأنكر الزوج، ثم ماتت المرأة، فجاء الرجل يطلب ميراثها، وزعم أنه تزوجها، فله الميراث، ذكر المسألتين في "المنتقى" من غير ذكر خلاف. وفي المسألة الثانية خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه؛ على قول أبي حنيفة: لا ميراث له[2]، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: له الميراث، ذكر الخلاف على هذا الوجه في إقرار "الأصل".

١٦٨٧٠ - ولو أن امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا، وأنكر الزوج ذلك، ثم مات الزوج، فجاءت، وطلبت ميراثها منه، قال: لم أورثها منه، وكذلك إن كانت أكذبت نفسها، وزعمت أنه لم يطلقها قبل موتها، وكثير من هذا الجنس من هذه المسائل ذكرناها في كتاب أدب القاضي والشهادات - والله أعلم -.

---

(١) وفي الأصل: "بيني وبينك وبين أبي".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "لها" وهو خطأ.

الفصل العاشر
في دعوى الرجل النكاح على المرأة
وفي دعوى المرأة النكاح على الرجل الآخر

١٦٨٧١ – قال محمد رحمه الله: في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها، وأقام على ذلك بينة، وأقامت المرأة بينة على رجل آخر منكر أنه تزوجها، فالبينة بينة الرجل، قال: لأن المرأة أكذبت بينتها التي شهدت لها على الزوج الجاحد، لأن شهود الرجل عليها بالتزويج، وإذا شهدوا عليها بالتزويج، فقد شهدوا على كلامها.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها، وأقامت أخت بينة على هذا الرجل أنه تزوجها، فالبينة بينة الرجل، يريد به إذا لم يوقت البينتان وقتاً، أو وقتا إلى المعنى، فقال: لأنها تقيم البينة على نكاح لا يثبت ويفسد، ولو وقتت بينة المرأة وقتاً، ولم يوقت بينة الرجل، فدعوى الرجل جائزة، ويثبت نكاح المرأة التي ادعاها، ويبطل نكاح الأخت، ولها على المدعي نصف المهر.

١٦٨٧٢ – وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً عن رجل وامرأة في دار، ادعى الرجل أن الدار داره، وأن المرأة امرأته، وأقام على ذلك بينة، وادعت المرأة أن الدار دارها، وأن الرجل عبدها، وأقامت على ذلك بينة، قال: أقبل بينة المرأة على أن الدار دارها، لأني أجعل الدار في يدي الرجل، وأجعل البينة بينة الزوج في التزويج، وأجعلها امرأته، وتزويجها نفسها منه إقرار منها أنه ليس بمملوك لها.

١٦٨٧٣ – وروى بشر عن أبي يوسف: في رجل وامرأة في أيديهما دار، أقامت المرأة البينة أن الدار لها، وأن الرجل عبدها، وأقام الرجل بينة أن الدار له، وأن المرأة زوجته تزوجها على ألف درهم، ودفعها إليها، ولم يقم بينة أنه حر، فإنه يقضي بالدار للمرأة، ويقضي بالرجل عبداً لها.

ولو أقام الرجل بينة أنه حر الأصل، والمسألة بحالها، كانت الدار له، والمرأة امرأته، ويقضي

بأنه حر، ويقضي بالدار للمرأة من قبل أن الدار والمرأة كانت في يدي الزوج، حيث جعلها امرأته، فصارت هي المدعية للدار، فيقضي بالدار لها كزوجين في أيديهما دار أقام كل واحد منهما بينة أن الدار داره، وهناك يقضي بالدار للمرأة، كذا ههنا. قال: وهكذا قياس قول أبي حنيفة. ولو لم يكن لهما بينة كانت الدار للزوج. وقال محمد في النوادر ابن سماعة: إذا لم يقم الرجل بينة أنه حر، فالدار للمرأة، وهي امرأته في هذه المسألة.

وفي نوادر ابن رستم: لو أقام الرجل البينة أن الدار داره، والمرأة أمته، وأقامت المرأة البينة أن الدار دارها، والرجل عبدها، فالدار بينهما نصفان، إذا لم يكن الدار في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما تركت في يده، ويعتقان جميعاً، ويحكم لكل واحد منهما بالحرية، ولا تقبل بينة أحدهما على صاحبه بالرق.

١٦٨٧٤ - وروى بشر عن أبي يوسف: في رجل وامرأة اختلفا في متاع من متاع البيت، فأقامت المرأة بينة أن المتاع متاعها، وأن الرجل عبدها، وأقام الرجل بينة أن المتاع[١] له، وأن المرأة امرأته، تزوجها على ألف، ونقدها، فإن الرجل يقضي به عبداً للمرأة، ويقضي بالمتاع لها، فإن شهد شهود الرجل أنه حر الأصل، قضي بأنها امرأته، ويقضي بالمتاع له، هكذا ذكر. وعلى قياس المسألة الأولى: ينبغي أن يقضي بالمتاع لها.

ولو اختلفا في ذلك، وذلك المتاع في يد المرأة، ومثل ذلك في يد الرجل، فهذا الأمر غير الوجه الذي كتبناه، يقضى بالنكاح، ويعتق الرجل، ويقضى بما في يد كل واحد منهما للآخر متاع النساء كان أو متاع الرجال[٢]، أو متاعهما جميعاً إذا كان المتاع في يد أحدهما خاصة، دون الآخر، فالبينة بينة المدعي.

١٦٨٧٥ - وفي «المنتقى»: لو أن امرأة أقام عليها رجلان، لكل[٣] واحد منهما بينة أنها أقرت أنها امرأته اختلعت منه بألف درهم، ولم يوقتا، فعليها أن تؤدي إلى كل واحد منهما ألفاً، وإن وقتا ألزمها ذلك الوقت الأول، ويبطل عنها مال الوقت الآخر، إلا أن

(١) وفي الأصل: أن المتاع متاعه.

(٢) وفي الأصل: الرجال.

(٣) وفي [illegible] كل.

يكون بينهم وقت تنقضي في مثلها العدة وتتزوج، فيلزمها الثلاث جميعًا، وإن لم يدخل بها أحد منهم، لزم الثلاث جميعًا إن وقتا أو لم يوقتا.

١٦٨٧٦ - وفي «المنتقى» أيضًا: رجل قال لامرأة: زوجتك أبوك، وأنت صغيرة، فقالت المرأة: زوجك وأنا كبيرة، فالقول قول المرأة، والبينة بينة الزوج.

١٦٨٧٧ - امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها وهي بكر، وادعى أنه تزوجها بعد ذلك، وأقام البينة، قبلت بينته، ويثبت النكاح، قال: والنكاح في هذا لا يشبه البيع، ألا ترى أن رجلًا لو ادعى أنه تزوج هذه المرأة على ألف درهم، وصدقته المرأة في ذلك، ثم أقامت بينة على أنه تزوجها على ألفين، قبلت البينة، وجعلت المهر ألفين، وكذلك لو أقامت البينة أنه تزوجها على هذا العبد، ولو كان هذا في البيع لا يقبل بينته؛ لأنه قد أكذبهم.

(١) هكذا في ظ وب، وكذا في الأصل و... أقام

الفصل الحادي عشر
في الرجلين يدعيان بالأيدي

١٦٨٧٨ - إذا باع مستأجر الحانوت سلم الحانوت[1] من رجل، وقبضه المشتري، فجاء صاحب الحانوت، واستحق السلم[2] من يد مشتريه، فالمسألة على وجهين: إن كان السلم[3] متصلا ببناء الحانوت، وهو ليس من آلات صناعة المستأجر، فالقول قول صاحب الحانوت مع يمينه، وإذا احتلف، رجع المشتري على المستأجر بثمن السلم[4]، وإن كان من آلات صناعة المستأجر، فالقول قول المستأجر، ولا سبيل لصاحب الحانوت على السلم[5].

وفي "فتاوى أبي الليث": إذا أنكر المدعى عليه أن يكون المحدود المدعى به في يده، فالقاضي يحلفه على اليد أولا، فإذا حلف اندفع عنه الخصومة، وإن نكل يحلف على الملك[6]، وهذا مما لا يكاد يصح، لأن فائدة النكول الإقرار، واليد على العقار لا يثبت بصريح الإقرار، فكيف يثبت بالنكول الذي هو قائم مقام الإقرار.

رجل ادعى محدودا في يدي رجل أنه ملكه، وأن صاحب اليد أخذه منه بغير حق، فقال صاحب اليد: إن هذا المحدود كان في يد هذا المدعي؛ إلا أنه أخذه مني بغير حق، فأعادته إلى يدي، هل يؤمر المدعى عليه بالتسليم إلى المدعي، فقد قيل: لا يؤمر، وقد قيل: يؤمر بالتسليم إلى المدعي.

١٦٨٧٩ - وإذا تنازع رجلان في دار يدعي كل واحد منهما أنها في يديه، فإن

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: سكنى الحانوت.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: سكنى الحانوت.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: سكنى الحانوت.

(٤) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: سكنى الحانوت.

(٥) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: سكنى الحانوت.

(٦) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ: الملك.

عرف القاضي كون الدار في يد أحدهما، جعله لصاحب اليد، وإن لم يعرف كونها في يد أحدهما، وعرف أنها ليست في يد ثالث، فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فإن أقاما البينة على اليد، قضى باليد لهما، ويجعل الدار في أيديهما، وهذا لأن دعوى اليد مقصود، كما أن دعوى الملك مقصود؛ لأن باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف، فكما يصح دعوى الملك يصح دعوى اليد، وبعد إقامتهما البينة على اليد يقضى باليد لهما، لاستوائهما في الدعوى والإثبات.

فإن قيل: أي فائدة في إقامة هذه البينة وفي هذا القضاء؟ . قلنا: فائدته أن القاضي إذا سمع البينة على اليد لهما، وقضى باليد لهما، لو[1] وجدها في يد ثالث ينتزعها من يده عند طلبهما، وقبل ذلك لا ينتزعها من يد الثالث.

وإن قامت لأحدهما بينة تقضى باليد له، وإن لم يكن لهما بينة، ولا لأحدهما يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، كما لو ادعيا الملك في هذه الدار، فيحلف كل واحد منهما البتة بالله ما هي في يد صاحبه، فإن حلفا برئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، ويوقف القاضي الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال، ولا يجعلها في يد واحد منهما؛ لأن القاضي لم يعرف اليد لأحدهما حتى يجعلها في يده بعلمه، وقد برئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه بالحلف، فيوقفها، هكذا قاله بعض المشايخ في شرحه، وذكر بعضهم في شرحه: أنهما إذا اختلفا فالقاضي لا يجعلها في يد واحد منهما، ولا ينزعه من أيديهما، وإن نكل أحدهما عن اليمين، وحلف الآخر، لم يجعلها القاضي في يد الحالف؛ لأن القاضي لم يعرف كون الدار في يد الناكل[2]، والنكول بذل أو إقرار، والبذل والإقرار من الإنسان إنما يصح فيما في يده؛ لأن بذله وإقراره حجة عليه، وليس بحجة على غيره، ولكن يمنع الناكل من أن يتعرض الدار؛ لأن نكوله حجة في حقه، وإن وجد القاضي الدار في يد الثالث، لا ينزعها من يد الثالث بما أنفذه بين هذين؛ لأن النكول بذل أو إقرار دلالة، ولو وجد الإقرار صريحًا، أو وجد البذل صريحًا بين هذين، فالقاضي لا ينزع الدار من يد الثالث؛ لأن بذلهما وإقرارهما يعمل

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "أو".

(٢) وفي الأصل: "في يد الحالف الناكل".

فيما بينهما، ولا يعتبر في حق غيرهما. كذا هنا.

ثم إذا تعلق رجلان بعين، ولم يقم البينة لأحدهما على حصته في أيديهما، لو أقام أحدهما بينة أن العين ملكه، قضي له بالنصف الذي في يد صاحبه، وترك النصف الذي في يده على حاله، هكذا ذكر في بعض المواضع، وذكر في بعض المواضع: إذا أقام البينة على اليد، ثم أقام أحدهما البينة أن العين ملكه، فهاهنا تعين أنه يقضي بالملك له في كل العين، وإنه مشكل؛ لأن العين في أيديهما، فبينته على ما في يده بينة صاحب اليد، وبينة صاحب اليد على الملك المطلق لا تقبل.

الجواب: أنه لما أقام البينة على الملك بعد ما أقام البينة على اليد، فقد أعرض عن تلك البينة، فبطلت بينته على اليد، وصارت مسألتنا: رجلان تنازعا في عين، وأقام أحدهما البينة على اليد، والآخر على الملك، يقضي لصاحب الملك، كذا هنا.

١٦٨٨٠- وفي كتاب الأقضية: إذا تنازع اثنان في دار، وكل واحد يدعي أنها في يده، وأقاما البينة على ذلك، ثم إن أحدهما قال: أنا أقيم البينة على من هو أجود من هذا، وقال الآخر: أنا أقيم البينة على أن أبي مات وترك هذا العين ميراثاً، ولا وارث له غيري، وأقام بينة على ذلك، تقبل، فيكون قضاء على الذي خصمه. وقوله في الكتاب: أنا أقيم البينة على أجود من هذا إعراض عن بينته الذي أقام قبل ذلك، حتى يصير خارجاً، فتقبل بينته على الملك.

١٦٨٨١- وفي المنتقى: رجل ادعى[1] قبل رجل داراً، وأقام البينة، فقال المدعى عليه: إنها ليست في يدي، فأقام المدعي بينة، فشهدوا أن الدار في يد المدعى عليه، وفي ملكه، يسأل المدعي، فإن قال: الأمر كما شهدوا أنها في يده وفي ملكه، فقد أقر بالدار للمدعى عليه، فيقضي بالدار له، وإن قال: أصدقهم أنها في يده، ولا أصدقهم أنها في ملكه، فله ذلك، ويجعل المدعى عليه خصماً.

١٦٨٨٢- وإذا اختصم رجلان في دار يدعي أحدهما أنها ملكه وفي يده، والآخر يدعي أنها في يديه، وأنه أحق بها من غيره؛ لأنها كانت في يده بإجارة من جهة فلان، وقد دفعت مال الإجارة إليه، وقد مات فلان الآجر، ولي حق حبس الدار إلى أن

---

(١) وفي الأصل: ادعى على قبل رجل.

يدعي مال الإجارة، فالدار يجعل في يده، كان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يفتي بأن الدار تجعل في أيديهما، وبعض مشايخ زمانه كان يفتي بأن الدار تجعل في يد مدعي الإجارة.

١٦٨٨٣ - وإذا وقع الدعوى على رجل في عقار في يديه، وأقام المدعي بينة على دعواه، لا بد وأن يذكر الشهود في شهادتهم أنه في يد المدعى عليه، والإقرار لا يكفي حجة لاستحقاقه، حتى إن المدعي والمدعى عليه إذا تصادقا أن الدار المدعى به في يد المدعى عليه، فالقاضي لا يقضي بملكية الدار للمدعي بشهادة شهوده على كون الدار ملكاً له، وإنما يقضي إذا شهدوا على يد المدعى عليه بأن شهدوا أنها في يده اليوم، هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي، والمنقول في هذا يخالف العقار، فإن المدعى عليه إذا أقر أن المنقول المدعى به في يده، فذلك يكفي، ولا يحتاج إلى أن يذكر الشهود أن المدعى به في يد المدعى عليه اليوم؛ لأن في العقار تهمة المواضعة، فإن المدعي ربما يواضع رجلاً، ويحضره في مجلس القضاء، ويدعي عليه العقار، ويقر المدعى عليه أن العقار في يده، ولا يكون في يده، فيقضي القاضي بملكية العقار للمدعي بشهادة شهوده[1] على كون الدار ملكاً له، ويكون قضاء منه على الغائب في الحقيقة؛ لأن العقار متى الحقيقة كانت في يد الغائب، فلهذه التهمة لم نكتف بإقرار المدعى عليه أن العقار في يده، وشرطنا شهادة الشهود على كون العقار في يده.

فأما في المنقول لا يأتي هذه التهمة فيه؛ لأن المنقول إن كان مستهلكاً، فإقرار المدعى عليه بالاستهلاك أو بالهلاك كان الدعوى واقعاً في الدين، وقد أقر المدعى عليه بالدين، وإقرار الإنسان على نفسه بالدين صحيح، فلا حاجة إلى الشهادة أنه في يده، وإن كان قائماً لا بد من الإحضار لتصحيح الدعوى والشهادة، وعند الإحضار يعرف القاضي معاينة أنه في يد المدعى عليه، فلا حاجة إلى الشهادة على ذلك، فهذا هو الفرق، وقد ذكر في كتاب الأقضية عقيب المسألة التي مر ذكرها قبل هذه المسألة: ويجوز القضاء بالملك، وإذا لم يشهد الشهود على يد المدعى عليه، جوز الشهادة من غير أن يشهد الشهود على يد المدعى عليه مع أنه وضع المسألة في الدار.

---

(١) في الأصل: بشهادة شهوده على كون الدار ملكاً له، وتكون قضاء على إنما يده، ويكون قضاء على الغائب.

فقال: ما ذكرنا الخصاف قوله، وبه أخذ بعض المشايخ، وما ذكر في الأقضية قول محمد، وبه أخذ بعض المشايخ، وفي المسألة روايتان، والفتوى على أنه لا بد أن يشهد الشهود على يد المدعى عليه في العقار، ثم على ما ذكر الخصاف إذا شهدوا أنها في يد المدعى عليه يسألهم القاضي عن سماع يشهدون أنها في يده أو عن معاينة.

حكي عن القاضي الإمام الحسن بن محمد أنه كان لا يسألهم عن ذلك، وهو الصحيح؛ لأنهم إذا سمعوا إقراره أنها في يده فقط أن ذلك يطلق لهم أداء الشهادة على يده عليها، وهو موضع الشبهة، فقد اشتبه على كثير من الفقهاء اشتراط إقامة البينة لإثبات يده عليه، فما لم يعاينوا يد المدعى عليه لا يحل لهم أداء الشهادة على أنها في يده، فلهذا وجب السؤال.

قال القاضي الإمام: هذا وهكذا إذا شهدوا على البيع والتسليم، فالقاضي يسأل الشهود عن الشهادة بإقرار البائع، أو عن معاينة البيع؛ لأن الحكم فيهما يختلف، فإنهم إذا شهدوا على معاينة البيع والتسليم، كانت شهادة على الملك من يوم البيع، فوجب السؤال لإزالة هذه الشبهة، ولو أن الشهود لم يشهدوا أن هذه الدار في يد المدعى عليه، فقال المدعي: أنا آتي بشاهدين آخرين يشهدان أن هذه الدار في يد المدعى عليه، فإن القاضي يقبل ذلك منه؛ لأن الحاجة إلى معرفة ملك المدعي في الدار ليمكن القضاء به للمدعي، وإلى معرفة يد المدعى عليه؛ لينتصب خصماً للمدعي لإثبات دعواه، فلا فرق بين أن يثبت كلا الأمرين بشهادة فريقين أو بشهادة فريق واحد، هذا كما في شاهدين شهدا على الملك المحدود، وشهد آخران بحدود المحدود، فالقاضي يقبل شهادة الفريقين جميعاً، ولم يقع الفرق بينما إذا ثبت ملك المحدود والحدود بشهادة فريق واحد وبشهادة فريقين، كذا هنا.

١٦٨٨٤ - قال محمد رحمه الله في دعوى الأصل: وإذا اختصم الرجلان في عبد وكل واحد منهما يقول: هو عبدي وهو في أيديهما، فإن كان العبد صغيراً لا يعبر عن نفسه، فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بملك ما لم يقم البينة، ولكن يجعله في أيديهما، وهذا لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه، والبهيمة سواء، ولو كانت في أيديهما بهيمة، وكل واحد منهما يدعي أنها له، فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بالملك؛ لأنه لم

يعرف الملك فيها لواحد منهما، وما لم يعرف القاضي لا يقضي به إلا ببينة، ولكن يجعله في أيديهما؛ لأنه عرف يدهما عليه، كذا ههنا.

وإن كان الغلام كبيراً يتكلم، أو صغيراً يعبر عن نفسه، فقال: أنا حر، فالقول قوله، ولا يقضي القاضي لهما بشيء لا بالملك ولا باليد ما لم يقيما البينة على ذلك.

ولو قال: أنا عبد أحدهما لم يصدق، وهو عبدهما؛ لأنه لما أقر بالرق فقد ثبت يدهما عليه حقيقة وحكماً؛ لأن يد الحر تثبت على الرقيق، فهو بقوله: أنا عبد أحدهما يريد إبطال اليد الثابتة عليه لأحدهما حقيقة وحكماً، فلا يقدر عليه بخلاف ما إذا قال: أنا حر الأصل؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه، فاليد لا تثبت للحر على الحر، فكان القول قوله، أما ههنا بخلافه.

وكذلك إذا كان العبد في يدي رجل، فأقر أنه لآخر، لم يصدق، والقول قول صاحب اليد، ثم شرط في الكتاب أن يكون الغلام كبيراً يتكلم، وربما يقول في بعض النسخ: إذا كان يعبر عن نفسه، وإنما الشرط أن يتكلم ويعقل ما يقول، فإذا كان بهذه الصفة، يرجع إلى قوله.

وإذا كان العبد في يد رجل وهو لا يعبر عن نفسه، فقال صاحب اليد أنه عبدي، فالقول قوله، ويقضي له بالملك، فإن كبر الغلام، وقال: أنا حر الأصل، لا يصدق إلا بحجة؛ لأنه يريد إبطال ملك جرى القضاء به. وكذلك إذا قال: أنا لقيط، فهذا كقوله: أنا حر، فإن أقام ذو اليد بينة أنه عبده، وأقام العبد بينة أنه حر الأصل، فبينة العبد أولى.

١٦٨٨٥ - ذكر في «السير»: رجل من أهل الحرب، دخل دار الإسلام بأمان، وخرج معه مسلم، وفي أيديهما بغل عليه مال كثير، كل واحد منهما يقول: هو ملكي وفي يدي، وقامت بينة من المسلمين أن البغل بما عليه للمسلم أو للمستأمن، فإنه يقضي به للذي شهد الشهود له، كما لو وقعت مثل هذه المنازعة بين المسلمين أو بين الذميين. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وبهذه المسألة ظهر خطأ بعض مشايخنا فيما إذا قال كل واحد من المدعيين: هو لي وملكي، وفي يدي، أن القاضي لا يلتفت إلى هذه الخصومة، ويقول: إذا كان ملكك، وفي يدك ماذا تطلب مني، فقد نص ههنا على سماع الدعوى حتى قال: يقبل البينة. والوجه في ذلك أنه يحتاج إلى

دفع منازعة الآخر، والبينة لهذا المقصود مقبولة، وإذا قال له القاضي: ماذا تطلب مني؟ يقول للقاضي: أطلب منك أن تمنع هذا من منازعتي، وتقرر هذا الشيء في يدي.

١٦٨٨٦- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: في أجمة أو غيضة تنازع فيها فريقان، كل فريق يدعي أنها له، وفي يديه، فشهد الشهود لأحد الفريقين أنها في يده، أو شهدوا لهما أنهما في أيديهما، فإن لم يسألهم القاضي عن تفسير ذلك، ولم يزيدوا، فهو مستقيم، وإن سألهم عن تفسير ذلك، فهو أوثق وأحسن، وهذا لأن اليد على الأجمة والغيضة، إنما يثبت بالدليل، وعسى يرى الشاهد شيئاً يظنه دليلاً على اليد، ولا يكون كما ظن، فإن سأله ليزول الاشتباه، فهو حسن، وإن لم يسأل، واكتفى بما قالوا، فله ذلك؛ لأن السؤال عسى يفضي إلى بطلان الشهادة مع كون الشهادة حقاً، وهو نظير ما لو شهد الشهود بالملك المطلق، أو شهدوا بالدين المطلق، وقضى القاضي بشهادتهم من غير أن يسألهم عن بيان السبب جاز، كذا ههنا، ثم نبين ما يعرف به اليد[1] على الغيضة والأجمة، فقال في الغيضة: إذا كان يقطع الأشجار منها ويبيعها، أو ينتفع بها منفعة تقرب من هذا، أو أشباهه، يستدل به على أنها في يده، وقال في الأجمة: إذا كان يقطع القصب، ويأخذها للصرف إلى حاجة نفسه أو للبيع، أو ما أشبهه، يستدل به على اليد التي هو دليل الملك، وهذا لأن اليد التي هو دليل الملك هو القدرة على التصرفات التي تختص بالملك، ومعناه الانتفاع المطلوب من العين، وهذا لأن الملك لا يراد لعينه، وإنما يراد للانتفاع بالعين، فإذا شاهدنا قدرته على الانتفاع المطلوب من اليد من غير منازع، علمنا أن اليد التي هي دليل الملك ثابت في حقه، قلنا: والانتفاع المطلوب من الأجمة والغيضة والحطب والحشيش والقصب لا الزراعة والسكنى، فإذا شاهدناه يقطع الشجر والقصب وينتفع بها بيعاً وغير ذلك من غير منازع، فقد علمنا باليد التي هي دليل الملك، فيقضي له بالملك.

١٦٨٨٧- وفي "كتاب الأقضية": وإذا تنازع الرجلان في دار، وكل واحد منهما يدعي أنها في يديه، فأقام أحدهما بينة أنهم رأوا متاعه في هذه الدار، ورأوا غلمانه يدخلونها ويخرجون منها، فالقاضي لا يقضي باليد للذي شهد له الشهود بما وصف له

---

(١) هكذا في ظ و م وب: "الدليل" وفي الأصل: "التسبب".

حتى يقولوا: كانوا ساكنا فيها، فإذا قالوا: ذلك تبين بأنه في يد صاحب الغلمان والدواب، وعند ذكرنا أن العبرة للمقصود على المطلوب من العين، والدار لا يتخذ لسكنى الغلمان وخروجهم ولربط الدواب فيها، وإنما يتخذ للسكنى فيها، فما لم يشهدوا على ذلك لم يشهدوا بما يدل على يد هو دليل الملك.

١٦٨٨٨ - قال في القدوري: وإذا تنازع رجلان في دابة، وأحدهما راكب في السرج، والآخر رديفه، قضي بالدابة للراكب في السرج. ولو كانا راكبين في السرج، قضي بالدابة بينهما. ولو كان أحدهما يقود الدابة، والآخر يسوقها، قضي بالدابة للقائد؛ لأن للقائد يداً، فإنه يمسك بلجام الدابة، والسائق لا يد له إذا لم يكن راكباً.

فإن قيل: إن لم يكن للسائق يد على الدابة، فهو مستعمل لها بالسوق، وكما أن اليد دليل الملك فالاستعمال دليل الملك أيضاً.

قلنا: الاستعمال إنما يكون دليلا على الملك إذا كان استعمالا يختص به المالك في الغالب، ومعناه أن لا يوجد ذلك غالباً إلا من المالك، أما إذا كان يوجد من المالك وغيره، فهذا لا يدل على الملك، وسوق الدابة كما يكون من المالك يكون من غير المالك، فلا يكون دليلا على الملك. ذكر هذه المسألة في السير في أبواب الإيمان، ولم يذكر ثمة ما إذا كان أحدهما ممسكاً بلجامها(١)، والآخر متعلقاً بذنبها، قال مشايخنا: ينبغي أن يقضي للذي هو ممسك بلجامها؛ لأنه لا يتعلق باللجام غالباً إلا المالك، وكم يتعلق بالذنب المالك يتعلق به غير المالك، فكان الإمساك باللجام أدل على الملك.

١٦٨٨٩ - قال في الجامع: بساط عليه رجل جالس، ورجل آخر متعلق به، وكل واحد منهما يدعي أن البساط له، فإنه يقضي بالبساط بينهما نصفان، فرق بين هذا وبين دار فيها رجلان قاعدان، وكل واحد منهما يدعيها لنفسه، فإنه لا يقضي بينهما، وذكر مسألة البساط في القدوري، وقال: يترك البساط في أيديهما بينهما نصفان، يريد به لا على طريق القضاء؛ لأن القعود على البساط ليس بيد على البساط كالتعلق به، فاستويا فيه.

ثم الفرق بين البساط والدار على ما ذكر في الجامع: أن في البساط ما قضينا

---

(١) وفي المخطوط: بلجام الدابة.

بينهما نصفان؛ لأن الجلوس والتعلق دليل اليد، بل لأنه كما علم أن البساط ليس في أيديهما، علم أنه ليس في يد الثالث؛ لأن اليد على البساط لا يثبت إلا بأحد الطريقين، إما بثبات اليد عليه حسًا بالنقل والتحويل، أو بعمل يقصد به النقل والتحويل، وإما بكونه في يده حكمًا، بأن كان في بيته، ولم يوجد شيء من ذلك في البساط، فإنا نراه موضوعًا على قارعة الطريق، وإذا علم أنه ليس في يد غيرهما، ولا في أيديهما، وهما يدعيان، يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى، وفي الدار إن علم أنه ليس في أيديهما؛ لأن الجلوس فيها لا يدل على اليد لم يعلم أنه ليس في يد غيرهما، ولأن اليد على الدار إنما تكون بالسكنى فيها، وبالاحتفاظ[2]، والقاضي إن علم أنه ليس أحد في الدار ساكنًا، لا يعلم زوال ثبوت يد الاحتفاظ[3]؛ لأن الدار بعد في مكانه الذي يثبت فيها يد المحيط عليها لم يتحول عن ذلك المكان إلى مكان آخر، فيكون يد المحتفظ[4] له ثابتة على الدار حكمًا، إلا أنه مجهول صاحب اليد، والقاضي إنما يقضي بما وقع فيه الدعوى بين المدعيين بحكم الدعوى إذا علم أن المدعى عليه ليس في يد غيرهما، ولم يثبت هذا العلم في العقار، ويثبت في المنقول.

وفي شرح الجامع: جعل دليل اليد في المنقولات فعلا لا يتصور ثبوته بدون النقل، كاللبس والحمل، أو فعلا يحصل عادة بالنقل، كالركوب في الدواب، وفي غير المنقولات جعل دليل اليد فعلا يوجد من الملاك في الغالب، كالسكنى في الدار وغير ذلك، وما ليس بدليل اليد في المنقولات فعل يتأتى بدون النقل، ولا يحصل في الغالب بالنقل كالجلوس على البساط، وما ليس بدليل اليد في غير المنقولات فعل يوجد من غير الملاك، كالجلوس والنوم في الدار وأشباه ذلك، وقد ذكرنا هذه الجملة مع مسائلها في كتاب الشهادات.

١٦٨٩٠ - سئل الشيخ القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عن

---

(١) وفي الأصل: ثالث.

(٢) هكذا في ظ ب م، وكان في الأصل: وبالاحتياط.

(٣) هكذا في ظ ف، وكان في الأصل: بالاحتياط.

(٤) وفي ب: المحيط.

ضيوع في يدي رجل أثبت رجل آخر يده عليها بطريق التغلب، فأقام الذي كان الضياع في يده بينة على المتغلب، أن الضياع ملكه، وإنه أخذ من يده بطريق التغلب، قال: قبلت بينته، وقضي بالضياع له، وانتزع من يد المتغلب، وسلّم إليه، ولو لم يكن له بينة، وأراد تحليف المتغلب: بالله ما كان هذا الضياع في يد هذا المدعي، وما أخذت منه بطريق التغلب، قال له: ذلك.

وكذلك لو ادعى على المتغلب إقراره أنه كان في يده، وأراد أن يحلفه على ذلك، قال له: ذلك، وظن بعض مشايخنا أن في التحليف في هذه الصورة نوع نظر؛ لأن التحليف لرجاء النكول الذي هو الإقرار، واليد على العقار لا يثبت بمجرد الإقرار، فلا يكون في التحليف فائدة، وليس الأمر كما ظنوا؛ لأن تحليف المتغلب ههنا ليس لأجل إثبات كون الضياع في يده؛ لأن ذلك ثابت باتفاق المدعي والمتغلب، وإنما التحليف لأجل إثبات التغلب والأخذ من جهته، وأخذ العقار، والتغلب عليه مما يثبت بالإقرار، ألا ترى أنه يصح الإقرار بغصب[1] العقار، والغصب ليس إلا الأخذ بطريق التغلب.

٦٦٨٩١- وسئل هو أيضاً: عن رجل ادعى على آخر أن هذا المحدود الذي في يد هذا كان في يدي منذ عشر سنين، وأن هذا الرجل أحدث يده عليها، وأقام على ذلك بينة، قال: يأمر القاضي المدعى عليه بالتسليم إليه، لكن لا يصير المدعى عليه مقضياً عليه حتى لو أتى بالحجة، قبلت بينته.

ولو أن المدعى عليه أقام بينة أن هذا المحدود كان في يده منذ عشرين سنة، وأن هذا المدعي أحدث يده عليها، هل تقبل بينته؟ فقد قيل: ينبغي أن لا تقبل، وقد قيل: ينبغي أن تقبل، ويترك العين في يد المدعى عليه، ويكون هذا من باب العمل بالبينتين، وذكر في المأذون أجير الخياط مع الخياط إذا ادعيا متاعاً في يدي الأجير، فإن كان المتاع والأجير في دار الخياط أو حانوته، فالقول قول الخياط، وإن كانا في دار الأجير، أو في السكة، فالقول قول الأجير.

٦٦٨٩٢- وفي القدوري: لو أن خياطاً يخيط ثوباً في دار رجل، وتنازعا في الثوب، فالقول قول صاحب الدار. وفيه أيضاً: لو خرج من دار رجل، وعلى عاتقه

---

(١) وفي الأصل: "أنه يصح الإقرار بغصب العقار، والعقار والغصب ليس ... إلخ".

متاع، فإن كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله، فهو له، وإن لم يعرف بذلك، فهو لرب الدار، وهكذا روى إبراهيم عن محمد.

١٦٨٩٣- وفي القدوري أيضًا: في حمّال عليه كارة في دار بزاز، اختلفا في الكارة، فإن كان من حمال البز والكارة مما يحمل، فالقول قول البزاز، وإلا فالقول قول الحمال.

١٦٨٩٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: رجل دخل في دار رجل، فوجد معه مال، فقال رب الدار: هذا مالي أخذته من منزلي، قال أبو حنيفة رحمه الله: القول قول رب الدار، ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب مما تلبس، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الداخل يعرف بصناعة شيء من الأشياء، بأن كان حمّالا يحمل الزيت، فدخل وعلى رقبته زق[1] زيت، أو كان ممن يبيع الجبن، ويطوف بالمتاع في الأسواق، فالقول قوله، ولا أصدق رب الدار عليه.

١٦٨٩٥- رجل آجر عبده من قصّار أو خيّاط، ثم لقي مولى العبد عبده في الطريق، ومعه متاع، فزعم أنه له، وقال المستأجر: هو لي، قال أبو يوسف رحمه الله: إن كان ذلك المتاع من صناعة المتأجر، فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن من صناعة المستأجر، فالقول قول رب العبد، فإن كانا في منزل المستأجر، فالقول قول المستأجر في الوجهين جميعًا.

١٦٨٩٦- وفي "نوادر المعلى" عن أبي يوسف: رجل اصطاد طائرًا في دار رجل، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة، فهو للصائد، وإن قال رب الدار: كنت اصطدته قبلك، أو ورثته، وأنكر الصائد، فإن كان أخذه من الهواء، فالقول قول الصائد، وإن كان أخذه من شجر في الدار وغير ذلك، فالقول قول رب الدار.

قال أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف جواب الأصل.

١٦٨٩٧- وعنه أيضًا: رجل يقود قطارًا من الإبل، وعلى بعير منها رجل راكب، فادعى القائد والراكب كل واحد منهما البعير كله، قال: إن كانت على البعير حمولة للراكب، فالإبل كلها للراكب، والقائد أجير، وإن كانت البعير عرى عن الحمولة،

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "زق زيت".

فللراكب البعير الذي هو عليه، والباقي للقائد.

١٦٤٩٨ - وفي "المنتقى": قطار بعير على أول بعير منها راكب، وعلى بعير في وسطها راكب، وعلى بعير في آخرها راكب، والراكب الثاني سائق، هكذا ذكر في بعض النسخ، ولم يذكر في بعض النسخ: أن الراكب الثاني سائق، وادعى كل واحد من الراكبين أن الإبل كلها له، وأقام البينة على ما ادعوا، ذكر أن البعير الذي عليه الأول بين الأوسط والآخر نصفان، والبعير الذي عليه الأوسط للأول والآخر نصفان، والبعير الذي عليه الآخر بين الأول والأوسط نصفان، والإبل التي بين البعير الأول إلى الأوسط، فهو بين الأوسط والآخر نصفان، والإبل التي بين الآخر إلى الأوسط للآخر نصفها، والنصف الآخر بين الأول والأوسط نصفان.

وذكر هذه المسألة في موضع آخر بعينها، ولم يقع في شيء من النسخ ثمة أن الراكب الثاني سائق، كما وقع في بعض النسخ ههنا، وأجاب ثمة أن كل بعير عليه راكب، فهو لراكبه خاصة، وما بين البعير الأول إلى البعير الأوسط الذي عليه الراكب، فهو كله للأول؛ لأن الأول قائدها والأوسط سائق، فلا شيء له منها، وما بين البعير الأوسط إلى الآخر، فهو بين الأول والأوسط نصفان؛ لأن الأوسط قائدها والأول

وقد ذكر في موضع آخر من الفوائد جواب ما إذا لم يقم لواحد منهم بينة، فإن أقام كل واحد بينة أن البعير كلها له، فالبعير الذي عليه الأول بين الأوسط والآخر نصفان؛ لأنهما فيه خارجان، وراكبه ذو اليد، فترجحت بينتهما على بينته، والبعير الذي عليه الأوسط بين الأول والآخر نصفان، والبعير الذي عليه الآخر بين الأول والأوسط لما ذكرنا في البعير الأول، والبعير الذي بين الأول والأوسط، فهو بين الأوسط والآخر نصفان؛ لأن الأول فيه ذو اليد، وهما خارجان، والذي بين الأوسط والآخر، فللآخر نصفه، والنصف الآخر بين الأول والأوسط نصفان؛ لأن الآخر فيها خارج، والأول في نصفه ذو اليد، وفي نصفها خارج، والأوسط كذلك؛ لأنه في أيديهما، فكان في يد كل واحد منهم نصفه، وكانا مع الآخر كخارجين، فيكون النصف لهما، والنصف للآخر، ثم النصف الذي كان للأوسط والأول، فكل واحد منهما خارج فيما في يد صاحبه، فكانت بينته في ذلك أولى.

١٦٨٩٩ - وقال أبو يوسف رحمه الله: في رجل يقود صفاً أو بقراً، ورجل آخر يسوقهما، فادعى القائد والسائق ذلك كله، قال: إن كان القائد والسائق أمرهما مشكلاً لا يعرفان، فذلك كله للسائق، وليس للقائد منها شيء إلا أن يكون يقودها شاة معه، فيكون له الشاة وحدها، وقال في المنتقى: ادعاها رجل هو راكبها، ورجل هو ممسك بسكانها، ورجل يجذف فيها، ورجل يمدها، فالسفينة بين راكبها ومن يمسك بسكانها، والذي يجذف فيها، ولا شيء للذي يمدها.

١٦٩٠٠ - وعن محمد: في عبد لرجل موسر في بيت رجل معسر، ليس في بيته إلا بواري مبقى، وفي عنق العبد بدرة فيها عشرة آلاف درهم، فادعى كل واحد منهما البدرة، فالبدرة للذي عرف باليسارة. وفي المزارعة الصغرى: إذا دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه، ثم اختلفا بعد ما صار الثوب مخيطاً، فقال رب الثوب: أنا خطته، وقال الخياط: أنا خطته، فإن كان الثوب في يد الخياط، فالقول قول الخياط، وله الأجر، وإن كان الثوب في يد رب الثوب، فالقول قول صاحب الثوب، وإن كان الثوب في أيديهما، فالقول قول الخياط، وعلى صاحب الثوب الأجر.

١٦٩٠١ - وفي فتاوى أبي الليث: رجل دفع إلى قصار أربع ثياب ليقصرها، فقصرها، وقال رب الثوب: ابعث إلي من يقبض الثياب، فدفع القصار الثياب إلى من بعث، فجاء به إلى رب الثوب، فإذا هي ثلاثة، فقال القصار: دفعت إليه أربعة، وقال الرسول: دفع إلي ولم يعده، يقال لرب الثوب: صدق أيهما شئت، فأيهما صدقه، بريء عن الخصومة، وأيهما كذبه حلفه، فإن حلف بريء عن الخصومة، وإن نكل لزمه ما ادعاه، فإن صدق القصار، لزمه أجر الثوب الرابع للقصار، وإن كذب القصار وحلف، فللقصار على صاحب الثوب اليمين على الأجر، فإن حلف، بريء عن أجر الثوب الرابع. كذا قاله أبو بكر رحمه الله.

١٦٩٠٢ - ادعى داراً في يد إنسان أنها ملكه، وأن أباه باعها منه في حال بلوغه بغير رضاه، وقال صاحب اليد: إن أباك باعها مني في حالة الصغر، فالقول قول الابن؛ لأنه ينكر زوال ملكه، وإن أقام صاحب اليد بينة أنه باعها في حال صغرك بثمن المثل، قبلت بينته، واندفع عنه خصومة الابن، وإن أقام صاحب الدعوى، أنه باعها في حال

صغرت بثمن المثل ، وأقام الآخر بينة ، أنه باعها بعد بلوغي بغير رضاي ، يجب أن تكون البينة بينة صاحب اليد ؛ لأنها هي المثبتة .

١٦٩٠٣ - بشر عن أبي يوسف قال : قال أبو حنيفة رحمه الله : امرأة أقرت بعد وفاة زوجها أنه كان طلقها ثلاثاً في مرض موته ، وأنه لم تنقض عدتها حتى مات ، وقالت الورثة : طلقك في حالة الصحة ، فالقول قول المرأة ، والمسألة مرّت في كتاب الطلاق ، وإنما أوردنا ههنا لزيادة تفريع لم نذكرها ثمة ، فقال : لو أقاموا بينة ، ووقتوا وقتاً واحداً ، وشهدت بينة الورثة أنه كان صحيحاً يومئذ أخذت بينة الورثة .

١٦٩٠٤ - وفي نوادر هشام قال : سألت محمداً عن رجل في يديه ثوب ، قال له رجل : بعتك هذا الثوب بخمسين درهماً ، وقال صاحب اليد : وهبته لي ، فالقول قوله ، ولا يلزمه الخمسون .

١٦٩٠٥ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله : رجل اشترى من رجل عبداً ، وقبضه ، ونقده الثمن ، ثم أقر بعد ذلك بالعبد للبائع ، فقال : هذا العبد لفلان ، فأراد البائع أن يقبضه ، وقال : العبد عبدي ، فقال المقر : إنما بعتك العبد بألف درهم ، فالقول قوله ، قال من قبل : إن العبد وصل إلى المقر من قبل المقر له ، فيكون القول فيه قول المقر ، قال : ولا يشبه هذا إقرار الرجل بعبد في يديه لرجل لم يصل ذلك العبد إلى المقر من قبل المقر له ، قال : وكذلك رجل أقر بعبد لرجل أمس ، وأقر المقر له بالعبد اليوم للمقر الأول ، فقال المقر له الثاني : العبد عبدي ، وقال المقر الثاني : إنما أقررت بذلك لأني بعته منك اليوم ، وإنما وصل إلي من قبلك ، فالقول قوله ، ولا يأخذه منه إلا بالثمن .

١٦٩٠٦ - وإذا ادعى على آخر عرصة كذا بالميراث ، وقضى القاضي للمدعي بالعرصة ببينة أقامها ، ثم اختلف المقضي له بالعرصة ، والمقضي عليه بالعرصة في الأشجار والسكنى ، ولا بينة لواحد منهما ، فقيل : القول قول المقضي عليه ؛ لأنه صاحب يد في الأشجار والسكنى حقيقة ، وقيل : القول قول المقضي له بالعرصة ؛ لأنهما اختلفا فيما هو متصل بملك المقضي له ، وهو الأرض ، فيكون صاحب اليد فيما اختلفا هو المقضي له بالعرصة .

١٦٩٠٧ - ثم والرجل لو رثه بشيء، ومات المقر، ثم اختلف المقر له وباقي الورثة، فقال المقر له: أقر في حالة الصحة، وقال باقي الورثة: في حالة المرض، فالقول قول باقي الورثة؛ لأن الاستحقاق يقع عليهم، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المقر له، فإن لم يكن للمقر له بينة، وأراد استحلاف باقي الورثة؛ فله ذلك، أشار إلى هذه الفصول في أول وصايا «الجامع الصغير» في باب اعتبار حال الوصية، فقال: مريض أوصى لرجل بوصية، ومات وترك الوارث والموصى له أنه قد كان أعتق هذا العبد، فقال الوارث: أعتقه في المرض، وقال الموصى له: أعتقه في الصحة، فالقول قول الورثة إلى تمام المسألة.

١٦٩٠٨ - رجل مات، وترك بنتًا وأخًا ومتاعًا، فقالت البنت: المتاع كلها لي، وقد كان اشتراها لي من مالي بأمري، والأخ يقول: الأمتعة كلها للميت، فالقول قول الأخ؛ لأن البنت تدعي وكالة الأب في الشراء، والأخ ينكر، ألا ترى أنه لو كان الأب حيًا، ووقع الاختلاف بينه وبين البنت في الأمتعة، فقالت البنت: كنت وكيلي في شراء هذه الأمتعة، والأب ينكر ذلك، كان القول قوله، والمعنى في ذلك أن الأصل تصرف الإنسان لنفسه، فالأب بإنكار الوكالة متمسك بما هو الأصل، وكان القول قوله، فكذا ههنا.

١٦٩٠٩ - رجل ادعى على آخر أنه كان لفلان عليك كذا وكذا، وقد مات فلان، وصار ميراثه عليك ميراثًا لي، وقال المدعى عليه: أنا قضيته هذا المال المدعى، وذهب ليأتي بالبينة، فلم يأت، ثم إن المدعي أعاد دعواه ثانيًا في مجلس آخر، فقال المدعى عليه: لا علم لي بوراثتك، سمع ذلك منه.

١٦٩١٠ - وفي «واقعات الناطفي»: إذا أقام البينة على عبد في يدي رجل أنه كان عبده، وأنه كان في يده منذ سنة حتى اغتصبه هذا الذي هو في يديه، وأقام ذو اليد البينة أنه عبده منذ عشرين سنة، فهو لمن في يديه؛ لأن بينته أسبق تاريخًا.

١٦٩١١ - وفي «العيون»: تنازعا في شيء، فأقام أحدهما البينة أنه كان في يده منذ شهر، وأقام الآخر بينة أنه في يده الساعة، أقره القاضي في يد مدعي الساعة؛ لأن يد الآخر منقضية، واليد المنقضية لا عبرة لها عند أبي حنيفة ومحمد. ولو أقام أحدهما

بينة أنه في يديه منذ شهر، وأقام الآخر بينة أنه في يده منذ جمعة، فيقضي به لمدعي الجمعة.

١٦٩٦٢- وفي "العيون": رجل في يديه أرض لغيره آجرها، وقال رب الأرض للآجر: أجرتها بأمري، وقال الآجر: غصبتها منك، ثم أجرتها، فالقول قول رب الأرض؛ لأن الأصل أن يكون بدل منافع الأعيان لمالك الأعيان، فالآجر يدعي الغصب أولا يدعي ذلك لنفسه، ولو بنى فيها ذو اليد، ثم آجرها، فقال رب الأرض: أمرتك أن تبني فيها لي، وتؤاجرها، وقال ذو اليد: غصبتها منك وبنيتها، ثم آجرتها، يقسم الأجر على الأرض مبنية وعلى الأرض غير مبنية فلان، فما أصاب الأرض، فهو لصاحب الأرض، وما أصاب البناء، فهو لذي اليد؛ لأن القول في البناء لذي اليد، إذ الأصل أن يعمل الإنسان لنفسه، ورب الأرض يدعي خلاف ما هو الأصل.

ولو قال صاحب الأرض: غصبتها مني بنيته، فالقول قوله، وإن أقام البينة، فبينة الغاصب أولى. ولو قال لغيره: غصبت منك ألفا، وربحت فيها عشرة آلاف، وقال المقر له: لا، بل أمرتك به، فالقول للمقر له. ولو قال المقر له: بل غصبت الألف والعشرة آلاف، فالقول للمقر له، ولو قال: غصبت منك ثوبا، وقطعته وخطته بغير أمرك، وقال المقر له: بل غصبتني القميص، أو قال: بل أمرتك بخياطته، فالقول للمقر له.

١٦٩٦٣- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": في نهر لرجل إلى جنبه مسناة[1]، وأرض لرجل خلف المسناة متصل بها ادعى صاحب النهر أن المسناة له، وادعى صاحب الأرض أن المسناة له، فهذه المسألة على وجهين: إما أن كانت المسناة في يد أحدهما، بأن كان غرس أحدهما، أو زرع أحدهما عليها، وفي هذا الوجه يقضى بالمسناة لصاحب اليد، وهذا ظاهر، وإما أن لم تكن المسناة في يد أحدهما، ففي هذا الوجه يقضى بالمسناة لصاحب النهر عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة: يقضى بها لصاحب الأرض، هكذا ذكر المسألة في الكتاب، بعض مشايخنا قالوا: هذا الخلاف فيما إذا كان النهر مع الأرض مستويين.

(١) هكذا في ظ ف م، معناه: ما يبنى ليحجز ماء السيل أو النهر، به مفاتح للماء على قدر الحاجة، وكان في الأصل "مناة".

وأما إذا كان النهر أعلى يقضي بالمسناة لصاحب النهر؛ لأنه هو المحتاج إلى المسناة، وإن كان الأرض أعلى، يقضي بالمسناة لصاحب الأرض؛ لأنه هو المحتاج إليها، إلا أن في الكتاب أطلق الجواب إطلاقًا، من مشايخنا من قال: هذه المسألة بناءً على مسألة أخرى، أن صاحب النهر هل يستحق حريمًا لنهره إذا حفر نهرًا في أرض الموات، على قولهما: يستحق، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يستحق، وإذا كان من مذهبهما أن صاحب النهر يستحق الحريم لنهره، كانت المسناة في يد صاحب النهر تبعًا للنهر، فيقضى له بحكم اليد، وإذا كان من مذهب أبي حنيفة أن صاحب النهر لا يستحق الحريم، لم تكن المسناة في يد صاحب النهر، وإنها ليست في يد صاحب الأرض أيضًا، لأنه لا حريم للأرض بلا خلاف، حتى تكون المسناة في يد صاحب الأرض، إلا أن المسناة أشبه بالأرض؛ لأنها تصلح للزراعة والغراسة كالأرض، والنهر لا يصلح لذلك، والأصل في كل شيء تنازع فيه اثنان، وليس هو في يد أحدهما، إلا أن في يد أحدهما ما هو أشبه بالشيء المتنازع فيه، فإنه يقضى به لمن كان في يده ما هو أشبه، كما لو تنازعا في إحدى مصراعي باب، وهو موضوع على الأرض، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما، فإنه يقضى بالموضوع لمن كان المصراع الآخر معلقًا على بابه إذا كان الموضوع يشبه المعلق، كذا ههنا.

هذا إن جعلنا مسألة المسناة بناءً على مسألة الحريم، وإن جعلناها ابتداءً كما ذهب إليه بعض المشايخ، فوجه قولهما في المسألة: إن الظاهر شاهد لصاحب النهر، فإن له عليها يد استعمال، فإنه يلقي طينه، ألا ترى أن صاحب الأرض لو أراد أن يمنعه عن إلقاء الطين عليها، ليس له ذلك، والقول قول من شهد له الظاهر.

وجه قول أبي حنيفة: إن الظاهر في جانب صاحب الأرض أقوى، فيكون هو أولى، بيانه: أن الحريم أشبه بالأرض من النهر صورة ومعنى، أما صورة فإنهما مستويان بإزاء كل واحد منهما صاحبه، بخلاف النهر، وأما معنى فلأن كل واحد منهما يصلح للزرع والغرس، والنهر لا يصلح لذلك، فكان القضاء لصاحب الأرض أولى، كما قلنا في المستأجر مع رب الدار إذا اختلفا في لوح، وهو يشاكل الألواح المركبة، فإنه يقضى لرب الدار، كذا ههنا، ولأن يد صاحب الأرض إلى هذا الموضع أسبق؛ لأن هذا الموضع كان أرضًا في الأصل، ثم صار نهرًا أو أرضًا، فكان القضاء له أولى، كما لو

ومن ينتفع بملكه انتفاعاً لا ينتفع بمثله، يمنع من ذلك، وإذا تعدى إلى ملك الغير، صار ضامناً، كما لو سقى أرض نفسه سقياً غير معتاد، فأما إذا حفر البئر في داره، فينتفع بالماء انتفاع مثله، ومتى انتفع بملكه انتفاع مثله لا يمنع عنه، وما يتولد منه لا يكون مضموناً عليه، كما إذا سقى أرض نفسه سقياً معتاداً.

بقي ههنا فصل آخر، أن صاحب الأرض إن أراد أن يمنع صاحب النهر عن المرور على المسناة، هل له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله؟ بعض مشايخنا قالوا: ليس له ذلك، وبعضهم قالوا: له ذلك إذا لم يكن فيه ضرر ظاهر، وهو الأشبه، والله أعلم.

الفصل الثاني عشر
في دعوى النتاج

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضاً

الأول: في دعوى الخارج مع ذي اليد.

١٦٩١٤ - قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا ادعى الرجل دابة في يد إنسان أنها ملكه، نتجت عنده، وأقام عليه البينة، وأقام صاحب اليد بينة على ذلك، فالقياس أن يقضي بها للخارج، وفي الاستحسان: يقضي بها لصاحب اليد، سواء أقام صاحب اليد البينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده. وجه القياس في ذلك أن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد؛ لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك على ذي اليد بظاهر يده، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما، فهو معنى قولنا: إن بينة الخارج أكثر استحقاقاً، فكانت أولى بالقبول، كما في دعوى الملك المطلق.

وجه الاستحسان: حديث جابر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قضى في عين هذه الصورة لصاحب اليد، والمعنى في المسألة أن صاحب اليد ببينته كما لا يستحق على الخارج شيئاً، فالخارج ببينته لا يستحق على صاحب اليد شيئاً أيضاً. بيانه: أن الخارج يدعي أولية الملك لنفسه بسبب النتاج، وأولية الملك بسبب النتاج لا يحتمل التملك على ذي اليد بوجه ما؛ لأن بعدما ثبت الملك لذي اليد بسبب النتاج لا يتصور أن يتملك الخارج بسبب النتاج؛ لأنه لا يتكرر، فلا يمكن أن يجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد استحقاقاً على ذي اليد، بل يكون ثابتاً له كان للخارج من الأصل، لا أنه لذي اليد ثم صار للخارج، بخلاف دعوى الملك المطلق؛ لأن دعوى الملك المطلق إن يثبت [illegible]، لكنه يحتمل أن يكون له من الأصل ويحتمل

لذلك محملاً - لأن المطلق لأداء الشهادة على النتاج معاينة الولادة لا غير، ولا تصرف الملاك ولا التسامع، وولادة دابة واحدة من دابتين أو دابة واحدة مراراً لا تتصور لهما. وفي مثل هذا تتهاتر البينتان، كما في مسألة الكوفة ومكة، وإذا تهاترت البينتان، صار كأنهما لم يقيما البينة، ولو لم يقيما البينة في ذي اليد قضى، تركت في يده يستحلفه الخارج ويحلف. كذا ههنا. وعلى قياس ما ذكره عيسى، يجب أن لا تقبل بينة الخارجين على النتاج، وكذلك يجب أن لا تقبل بينة ذي اليد على النتاج إذا أقامها بعد القضاء للخارج، كما في مسألة الكوفة ومكة متى قضي بشهادة أحد الفريقين، لا تسمع شهادة الفريق الآخر بعد ذلك.

وقال عامة المشايخ: تقضى استحقاقاً حتى لا يحلف ذو اليد للخارج. ووجه ذلك أن القاضي وإن تيقن بكذب إحدى البينتين، إلا أنه لا يجد لكل بينة محملاً يطلق لها أداء الشهادة بالنتاج بأن عاين إحدى البينتين الولادة في يد الغاصب، ورأى الغاصب يتصرف فيها تصرف الملاك، إلا أنها لم يعلموه غاصباً، فيحل لهم أداء الشهادة للغاصب بناء على ذلك، والبينة الأخرى عاينت حقيقة الحال، وعرفت الذي في يده الدابة غاصباً، فيحل لهم أداء الشهادة للمغصوب منه بالنتاج بناء على ذلك، أو عاين إحدى البينتين الولادة من دابة زيد، والبينة الأخرى عاينت ارتضاع هذا الولد دابة عمرو، والارتضاع منها، وإذا وجد القاضي لشهادة كل فريق محملاً، يطلق به أداء الشهادة كانت الشهادة على النتاج من الخارجين، والشهادة على مطلق الملك من الخارجين سواء، وهناك لا تتهاتر البينتان، وإن تيقن القاضي بكذب إحدى البينتين؛ لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً لشخصين في زمان لكل واحد منهما بكماله، وهذا: لأن القاضي وجد لكل فريق محملاً يطلق به أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يشتري بسبب الملك، وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر تصرف فيه تصرف الملاك، كذا ههنا. بخلاف مسألة الكوفة ومكة؛ لأن هناك القاضي تيقن بكذب إحدى البينتين على وجه لا يجد لها محملاً يطلق له أداء الشهادة؛ لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود إيقاع الطلاق والعتاق، لا طريق لأداء الشهادة هناك غير هذا، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بكوفة ومكة؛ لأن الشخص الواحد في ما عليه العادة لا يتصور أن يكون في يوم واحد

بالكوفة وبمكة، فتهاترت البينتان، أما هنا بخلافه.

١٦٩١٦ - هذا إذا لم يؤرخا، أو أرخا وقضى لصاحب اليد، وإلا إذا كان سن الدابة مخالفًا لوقت صاحب اليد، موافقًا لوقت الخارج، فحينئذ يقضي للخارج. وإن كان سن الدابة مخالفًا للوقتين، لم يذكر هذا الفصل في الأصل في الدابة، وعامة المشايخ على أنه تتهاتر البينتان، ويترك الدابة في يد صاحب اليد قضاء ترك، وهكذا ذكر القدوري في شرحه.

١٦٩١٧ - وذكر محمد رحمه الله في "الأصل" في آخر دعوى النتاج: عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه عبده، ولد في ملكه، ووقت لذلك وقتًا، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، والعبد أكبر من الوقتين، أو أصغر، تهاترت البينتان، فتصير مسألة العبد رواية في مسألة الدابة إذا كان سن الدابة على خلاف الوقتين أنه تتهاتر البينتان.

ومما يتصل بهذا النوع:

إذا ادعى الخارج فعلاً مع النتاج، أو ادعى كل واحد منهما فعلاً مع النتاج

١٦٩١٨ - صورته فيما إذا كان دعوى الفعل مع النتاج من جهة الخارج ما ذكر محمد رحمه الله في "الأصل" في باب دعوى العتق: عبد في يدي رجل أقام رجل البينة أنه ولد في ملكه، وأنه أعتقه أو دبره، وأقام الذي في يديه بينة أنه عبده، ولد في ملكه، قضي للخارج، وإن ادعيا النتاج؛ لأن في دعوى النتاج مع دعوى الفعل من الخارج إنما كانت بينة ذي اليد أولى؛ لأن البينتين استويا في الإثبات فيما وقع فيه الدعوى، فإن كل بينة تثبت أولية الملك لصاحبها على وجه يمتنع استحقاقها إلا من جهته، فرجحت بينة صاحب اليد بحكم اليد، وههنا بينة الخارج أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوى؛ لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه يمتنع استحقاقه أصلاً؛ لأن الملك بعد العتق يصير بحال لا يستحق أصلاً، وذو اليد ببينته يثبت أولية الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه، فكان بينة الخارج أكثر إثباتًا.

١٦٩١٩ - وهذا بخلاف ما لو ادعى الخارج مع النتاج البيع أو الإجارة أو الكتابة،

فإن هناك بينة ذي اليد أولى ؛ لأن هناك بينة الخارج ليست أكثر إثباتاً ؛ لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه يتصور الاستحقاق عليه من جهته ، فإن الملك بعد البيع والإجارة لا يصير بحال لا يتصور استحقاق عليه ، فرجحنا بينة ذي اليد بحكم يده ، بخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك ، وذو اليد ادعى النتاج ، فإن هنا بينة ذي اليد أولى ؛ لأن دعوى العتق إنما تعتبر ترجيحاً عند استواء البينتين في إثبات الملك ، وما استوت البينتان ههنا في إثبات الملك ؛ لأن الخارج يثبت أولية الملك مع الاحتمال ، وذو اليد يثبت أولية الملك بلا احتمال .

١٦٩٢٠ - ولو ادعى الخارج التدبير مع النتاج ، وادعى صاحب اليد النتاج لا غير ، وفي هذا الوجه اختلف الروايتان ، ذكر في رواية أبي سليمان أنه يقضى للخارج ، وجعله بمنزلة العتق ، وذكر في رواية أبي حفص : أنه يقضى لذي اليد ، وجعله بمنزلة الكتابة . وجه رواية أبي حفص : أن التدبير يقبل الفسخ بقضاء القاضي ، فصار كالكتابة ، وجه رواية أبي سليمان : أن التدبير يفيد حق العتق ، ولهذا لا يجوز إعتاق المدبر عن كفارة يمينه ، والحق ملحق بالحقيقة ، فصار دعوى التدبير ودعوى الإعتاق سواء ، بخلاف الكتابة ؛ لأنها لا تفيد حق العتق .

١٦٩٢١ - ولو ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد مع النتاج ، وادعى ذو اليد عتقاً باتاً مع النتاج ، كان بينة ذي اليد أولى ؛ لأنه لو ادعى الخارج في هذه الصورة عتقاً باتاً ، كان ذو اليد أولى ؛ لأن البينتين استوتا فيما يقع به الدعوى ، فرجحنا بينة صاحب اليد بحكم اليد ، فكذا إذا ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد .

١٦٩٢٢ - ولو ادعى ذو اليد التدبير أو الاستيلاد مع النتاج ، وادعى الخارج عتقاً باتاً مع النتاج كانت بينة الخارج أولى ؛ لأن بينة الخارج أكثر إثباتاً ؛ لأنها تثبت أولية الملك للخارج على وجه لا يستحق عليه من جهته أصلاً ، لا رقبة ولا يداً ، وذو اليد أثبت أولية الملك على وجه يتصور استحقاقه عليه رقبة ويداً بقضاء القاضي في التدبير والاستيلاد ، ويداً لا رقبة بالإجارة والإعارة والنكاح .

١٦٩٢٣ - وفي كتاب الولاء في باب الشهادة في الولاء : إذا ادعى ذو اليد النتاج ، وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد كانت بينة الخارج أولى . وكذا إذا

ادعى ذو اليد النتاج، وادعى الخارج أنه ملكه آجره، أو أودعه منه، أو أعاره منه، كانت بينة الخارج أولى. قال شيخ الإسلام رحمه الله: الحاصل أن بينة ذي اليد على النتاج إنما يترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك، بأن ادعى ذو اليد النتاج، وادعى الخارج النتاج، أو ادعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية، أو ما أشبه ذلك.

١٦٩٢٤ - أما إذا ادعى الخارج الملك المطلق، ومع ذلك ادعى فعلاً، فبينة الخارج أولى، وأشار محمد رحمه الله ثمة إلى المعنى، وقال: لأن بينة الخارج في هذه الصورة أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت الفعل على ذي اليد، وهو الغصب أو الاستيداع، وما أشبه ذلك، وإنه ليس بثابت أصلاً، وذو اليد ادعى أولية الملك، واليد إن كانت لا تدل على أولية الملك تدل على أصل الملك، فكان ما ادعاه ذو اليد ثابتاً من وجه بظاهر يده، وما ادعاه الخارج من الغصب والإجارة، وغير ذلك غير ثابت أصلاً، فكانت بينته أكثر إثباتاً، فكانت أولى بالقبول، إلا أنه يرد على هذه الدلالة مسألة الخارج مع ذي اليد إذا ادعيا النتاج لا غير، فإن هناك يقضى ببينة ذي اليد مع أن أصل الملك ثابت لذي اليد بحكم يده، وذكر في كتاب الدعوى من الأصل في مثل هذه المسألة طريقاً آخر.

١٦٩٢٥ - وصورة تلك المسألة: عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه عبده، غصبه ذو اليد منه، أو قال: استأجره ذو اليد منه، أو استعاره منه، أو ارتهنه منه، وأقام ذو اليد بينة أنه ملكه أعتقه أو دبره، أو كانت أمة أقام ذو اليد بينة أنه استولدها، كان بينة الخارج، وقضي بالعبد له، وكان أن يكون بينة ذي اليد أولى؛ لأن ذا اليد يدعي النتاج معنى؛ لأن النكاح والإعتاق والتدبير والاستيلاد في معنى النتاج، وذو اليد إذا ادعى النتاج كان هو أولى من الخارج.

ذكر محمد رحمه الله هذا السؤال، وذكر جوابه، فقال: ذو اليد إذا ادعى النتاج إنما يكون أولى من الخارج إذا صح منه دعوى النتاج، ولم تصح دعوى النتاج من ذي اليد ههنا بما أثبته الخارج على ذي اليد؛ لأن الخارج قد أثبت على ذي اليد الارتهان أو الإجارة أو الاستعارة منه، فقد أثبت إقرار ذي اليد أن الملك فيه للخارج؛ لأن الاستئجار والاستعارة والارتهان إقرار بملك الآجر والمعير والراهن، ومع إقرار ذي اليد بالملك

للخارج لا يصح دعوى صاحب اليد النتاج ، والبينة لا تسمع بدون الدعوى ، وإذا لم يسمع بينة ذي اليد صار كأنه لم يقم البينة .

١٦٩٢٦ - وكذلك إذا أثبت الخارج عليه الغصب ؛ لأن من الجائز أن شهود الخارج شهدوا بالغصب على ذي اليد ؛ لأنهم عاينوا أخذ ذي اليد من الخارج ، ويجوز أنهم شهدوا بالغصب على ذي اليد ؛ لأنهم سمعوا إقراره بالغصب ، فباعتبار الأخذ إن كان دعوى النتاج من ذي اليد صحيحاً ، فباعتبار الإقرار لا يصح ، كما لو عاينا إقراره أنه غصبه منه ، فلا يصح دعواه مع الشك ، فقد تمكن من جنب ذي اليد ما يبطل دعواه النتاج ، إما من كل وجه ، كما في الإيداع والإعارة والإجارة ، أو من وجه ، كما في الغصب ، ولم يتمكن من جانب الخارج ما يمنع دعواه الغصب على ذي اليد ؛ لأن دعواه الغصب على ذي اليد لو لم يصح إنما لم يصح[1] أن لو عرف الشهود حقيقة الملك لذي اليد حتى ينتفي[2] غصب ذي اليد ، ولا يتصور ذلك ؛ لأن الشهود لا يعرفون حقيقة الملك ، وإنما يعرفون الملك من حيث الظاهر ، وما لم يثبت الشهادة بحقيقة الملك لذي اليد لا ينتفي[3] غصب ذي اليد ، وهذا بخلاف ما لو لم يشهد شهود الخارج على ذي اليد بالغصب ، إنما شهدوا للمدعي بالملك المطلق ، وادعى ذو اليد الملك والعتق والتدبير ، فإن هناك يقضى ببينة ذي اليد ؛ لأن هناك لم تثبت بينة الخارج ما يمنع صحة دعوى ذي اليد النتاج ، وهو إقراره بالملك للخارج ، لا من كل وجه ، ولا من وجه .

فإن قيل : لا ، بل[4] في تلك الصورة وجد في بينة الخارج ما يمنع صحة دعوى ذي اليد النتاج ، وهو الشهادة بالغصب على ذي اليد من الخارج ؛ لأن الشهادة بالملك للخارج شهادة بالغصب على ذي اليد إذا كان العين في يد ذي اليد اقتضاء ، والثابت اقتضاء والثابت نصاً سواء . قلنا : نعم الشهادة بالملك للخارج شهادة على غصب ذي اليد إذا كان العين في يد ذي اليد اقتضاء ، إلا أن المقتضي ثابت بطريق الضرورة ، فيقدر

---

(١) هكذا في الأصل وظ ، وكان في ف وم : يصح .

(٢) هكذا في الأصل وظ ، وكان في ف وم : ينفي .

(٣) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وف وم : لا ينفي .

(٤) هكذا في ظ وم ، وكان في الأصل وف : فوق الإقرار .

بقدر الضرورة، والضرورة ترتفع متى أثبتنا غصب ذي اليد بالأخذ، فلا يثبت الإقرار بالغصب مقتضى شهادة الخارج؛ لأن الإقرار بالغصب فوق الغصب الثابت بالأخذ؛ لأن الغصب الثابت بالأخذ يوجب الضمان، أما لا يمنع دعواه الملك لنفسه بعد الأخذ بالنتاج ولا مطلقًا، والإقرار بالغصب يوجب الضمان، ويمنع دعوى الملك لنفسه بعد ذلك، وإذا لم يثبت إقرار ذي اليد بالغصب بشهادة الخارج، لم يتمكن في جانب ذي اليد ما يمنع صحة دعواه النتاج، وقد صار بدعوى الإعتاق والتدبير مدعيًا النتاج معنى، فتقبل بينته، بخلاف ما إذا شهدوا عليه بالغصب؛ لأن هناك الغصب يثبت بنص الشهادة، وكما يحتمل الغصب بالأخذ يحتمل الغصب بالإقرار، فيصير الإقرار ثابتًا لما كان الغصب ثابتًا بنص الشهادة، فيكون الثابت بالنص ما هو أقوى، فباعتبار الإقرار لا يصح دعوى ذي اليد النتاج، وباعتبار الأخذ يصح، فلا يصح بالشك.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٦٩٢٧- ذكر محمد في «الأصل»: شاة في يدي رجل أقام رجل البينة أنها شاته، ولدت في ملكه، وأقام صاحب اليد بينة أنها شاته تملكها من جهة فلان، وأنها ولدت في ملك فلان ذلك الذي تملكها منه، قضى بها لصاحب اليد؛ لأن صاحب اليد خصم عمن تلقى الملك من جهته، ويده يد المتلقى عنه، فكأنه حضر، وأقام البينة على النتاج، والشاة في يده، وهناك يقضى بالشاة له، كذا ههنا.

وفي «الأصل» أيضًا: شاة في يد رجل، جاء رجل، وأقام بينة أنها شاته، ولدت في ملكه، وقضى القاضي بالشاة له، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنها شاته، ولدت في ملكه، قضى بأن له إلا أن يعيد صاحب اليد، وهو المقضي له ببينة[1] على النتاج حينئذ تندفع بينة الثاني ببينته، وسلمت له الشاة، أما بدون ذلك، لا تندفع بينة الثاني؛ وهذا لأنا لو دفعنا بينة الثاني بما أقام الأول من البينة، فقد دفعنا بينة أحد مدعي النتاج ببينة المدعي الآخر، وهما خارجان؛ لأن الأول حين أقام البينة كان خارجًا، ولا يجوز دفع بينة أحد مدعي النتاج بالآخر، وهما خارجان، فإذا أعاد صاحب اليد، وهو المقضي له البينة على

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: «بينة».

النتاج، لو دفعنا بينة الثاني بهذه البينة، فقد دفعنا بينة الخارج في دعوى النتاج ببينة ذي اليد، وذلك جائز. وإن لم يعد المقضي له البينة حتى قضى القاضي بالشاة للثاني، ثم أعاد المقضي له البينة على النتاج. ذكر في كتاب الأقضية هذا الفصل في العبد، وقال: لا ينقض القضاء عليه، وأشار إلى المعنى، فقال: لأنه إنما صار صاحب يد بحكم القضاء الأول، وقد انتقض ذلك اليد بالقضاء الثاني، وصار المقضي له الثاني ذا اليد، فكانت بينته أولى بالقبول، وذكر في "الأصل": أن القاضي ينقض القضاء على الثاني، ويقضي للمقضي له الأول، وهو الصحيح.

١٦٩٢٨ - فرق بين هذا وبينما إذا وقع دعوى الملك المطلق، وأقام الخارج البينة على ذلك دون ذي اليد، وقضى القاضي للخارج على ذي اليد، ثم أراد ذو اليد أن يقيم البينة أن الملك له، فإن هناك القاضي لا يقبل بينة ذي اليد.

والفرق: أن في دعوى النتاج ذو اليد لا يصير مقضياً عليه بالقضاء للخارج؛ لأن التملك بالنتاج لا يكون تملكاً على أحد؛ لأنه بعد ما ثبت الملك بالنتاج لشخص لا يتصور أن يصير لغيره بالنتاج؛ لأن النتاج مما لا يتكرر، فلا يمكننا أن نجعل ما يستحقه للخارج من الملك استحقاقاً على ذي اليد، بل يكون بياناً أنه كان له من الأصل، إلا أنه صار لذي اليد، ثم صار للخارج. أما في دعوى الملك المطلق ذو اليد يصير مقضياً عليه بالقضاء للخارج من وجه؛ لأن دعوى الملك المطلق يحتمل دعوى التملك على ذي اليد، فلهذا افترقا.

١٦٩٢٩ - ومن هذا الجنس ذكر في "المنتقى": عبد في يدي بخاري مثلاً، أقام عليه سمرقندي البينة أنه عبده، ولد في ملكه، وأقام البخاري بينة بمثل ذلك، وقضى القاضي بالعبد للبخاري، وأبطل بينة السمرقندي، ثم حضر خجندي، فأقام البينة على البخاري أنه عبده، وله في ملكه، فإنه يستحقه ببينة إلا أن يعيد البخاري البينة على الخجندي أنه عبده، ولد في ملكه، ولم يكتف بالبينة الأولى، فإن لم يقدر البخاري على إعادة البينة، وقضى القاضي بالعبد للخجندي، ثم أحضر البخاري بينة أن العبد عبده، ولد في ملكه، قضى للبخاري، وإن لم يعد البخاري بينة[1]، ولكنه حضر

(١) هكذا في الأصل وظ، وم، وكان في ظ : بينة.

أرسي، وأقام بينة أنه عبده، ولد في ملكه، فإن القاضي يقول للمدعي: أتقيم بينتك على أنه عبدك ولد في ملكك بمحضر من الأرسي، فإن أحضرها كان هو أحق بالعبد من الأرسي، فإن حضر السمرقندي وهو المدعي الأول، وأقام بينة أنه عبده، ولد في ملكه لم تقبل بينته؛ لأنه قد قضي عليه به مرة، فلا تقبل بينته على أحد بعد ذلك، قال: ثمة وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وهو قياس قول أبي حنيفة.

١٦٩٣٠ - ومن هذا الجنس ذكر في «المنتقى» أيضًا عن محمد: رجل في يديه عبد، أقام رجل بينة أنه عبده، ولد في ملكه، وأقام رجل آخر بينة بمثل ذلك، وقضى القاضي بالعبد بينهما نصفين؛ لما بين بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ثم جاء ثالث، وأقام بينة بمثل ذلك، يقضي بالعبد له إن لم يعد المقضي لهما بينة أنه عبدهما، ولد في ملكهما، فإن أعاد ذلك أحدهما دون الآخر قضي بالنصف الذي في يدي الذي أعاد بينته له، ولم تقبل فيه بينة الثالث، ويقضى للثالث على المقضي له الآخر الذي لم يعد البينة بالنصف الذي في يديه، ولا شركة فيه مع الثالث للذي أعاد بينته؛ لأن القاضي حين قضى أول مرة بالعبد بين المقضي لهما، فقد قضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصفه، فلا تقبل من كل واحد منهما بينة بعد ذلك على ما قضي به لصاحبه، فإن وجد المقضي عليه الأول، وهو الذي كان العبد في واحد منهما بينة بعد ذلك على ما قضي به لصاحبه، فإن وجد المقضي عليه الأول، وهو الذي كان العبد في يده بينة أن العبد ملكه، ولد في ملكه، وأقامها عند القاضي، قضى القاضي بالعبد له؛ لأنه لو أقام يومئذ بينة على ذلك، كان هو أولى. فكذلك إذا أقام بينة بعد ذلك.

ومما يتصل بهذا الفصل[1] أيضًا:

١٦٩٣١ - ما ذكر في «الأصل»: أمة في يدي رجل أقام رجل بينة أن قاضي بلد كذا، قضى له بها على هذا الرجل الذي هي في يديه، وأقام ذو اليد بينة أنها أمته، ولدت في ملكه.

فهذه المسألة على وجوه: الأول: أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلدة كذا قضى

(١) هكذا في جميع النسخ، ولكن الصحيح: بهذا النوع.

لهذا المدعي بشهادة شهود شهدوا عنده أنه اشتراها من ذي اليد، أو وهبها ذو اليد له، أو تصدق بها ذو اليد عليه، وفي هذا الوجه القاضي يمضي قضاء ذلك القاضي، ويدفعها إلى المدعي.

الوجه الثاني: أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلد كذا قضى بها لهذا المدعي، ولم يبينوا سبب القضاء، وفي هذا الوجه القاضي يمضي ذلك القضاء أيضاً، ويدفعها إلى المدعي؛ لأن ذلك القضاء قد صح ظاهراً، ومن الجائز أن يكون القاضي إنما قضى بشهادة شهود شهدوا عنده، إن المدعي اشتراها من ذي اليد، أو وهبها ذو اليد، أو تصدق بها عليه، وعلى هذا التقدير بينة[1] ذي اليد على الولادة في ملكه، لا يبطل ذلك القضاء، بل يقرره.

الوجه الثالث: أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلد كذا قضى بها لهذا المدعي بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، أو بشهادة شهود شهدوا أنها نتجت عنده، وفي هذا الوجه القاضي يمضي ذلك القضاء أيضاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد ينقضه، وجه قول محمد: إن صاحب اليد لو أقام البينة على النتاج عند القاضي الأول بعد ما قضى القاضي الأول للمدعي بالنتاج، أو بالملك المطلق، نقض القاضي الأول قضاءه للمدعي، وقضى به لصاحب اليد؛ لما ذكرنا أن بينة ذي اليد على النتاج أولى من بينة المدعي على النتاج، وعلى مطلق الملك، فتبين أن قضاء القاضي ببينة الخارج وقع خطأ، والخطأ مردود. فإذا أقام ذو اليد بينة عند القاضي الثاني يجب أن يرد الثاني قضاء الأول؛ لأن المعنى الموجب للرد وهو خطأ القاضي الأول في قضائه لا يتفاوت، ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن قضاء القاضي الأول نفذ من حيث الظاهر، فليس للثاني أن يبطله مع الاحتمال، فإنهم لم يبينوا سبب القضاء، فقضاء القاضي يحتمل الاحتمال من وجهين: أحدهما: أنهم إذا شهدوا أنه قضى له بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له؛ لأنه يحتمل بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، اشتراها من ذي اليد، وأما إذا شهدوا أنه قضى له بشهادة شهود شهدوا عنده أنها نتجت عنده؛ لأنه يحتمل أن هؤلاء الشهود عاينوا شهادة الشهود عند القاضي بالنتاج، ثم عاينوا قضاء القاضي بعد ذلك للمدعي برهان، فشهدوا

---

(١) هكذا في الأصل، ولعل [illegible] البينة.

كما عاينوا، وقد تخلل بينهما شراء، أو إقرار من جهة ذي اليد بالشراء، عند القاضي بذلك أو لم يعلم الشهود، ونقض القاضي بالذي عاين من الشراء، ولم يعلم الشهود بذلك، فهذا الاحتمال ثابت.

الوجه الثاني لثبات الاحتمال: يحتمل أن ذا اليد أقام هذه البينة عند ذلك القاضي، ولاح اجتهاد ذلك القاضي على ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد، كما هو مذهب ابن أبي ليلى، فإن من مذهبه أن الخارج إذا أقام البينة على النتاج، أو على مطلق الملك، وأقام ذو اليد البينة على النتاج، فبينة ذي اليد أولى، وعلى هذا التقدير، فيكون قضاء الأول نافذاً لازماً بحيث لا يجوز لغيره نقضه لحصوله في محل مجتهد فيه.

الوجه الرابع: أن يشهد شهود المدعي أن قاضي بلد كذا، أقر عندنا أنه قضى للمدعي بهذه الجارية بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، أو بشهادة شهود شهدوا أنها نتجت عنده، وفي هذا الوجه ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن القاضي الثاني ينقض ذلك القضاء بالإجماع، ويحمل عليه إشارات شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، فالمسألة على الاختلاف الذي ذكرنا.

ومن جنس هذه المسألة وإن لم يكن من جنس مسائل هذا النوع، وإذا كانت الجارية في يدي رجل أقام رجل بينة أن قاضي بلد كذا قضى له بها على ذي اليد هذا، ولم يبينوا سبب القضاء، وأقام رجل آخر بينة على النتاج، فصاحب القضاء أولى. وإن أقام الأول بينة أن قاضي بلد كذا قضى له بها بشهادة شهود شهدوا عنده أنها له، وأقام الآخر بينة على النتاج، فصاحب القضاء أولى عندهما، وعند محمد صاحب النتاج أولى، كما قلنا.

نوع آخر

من هذا الفصل في دعوى الخارجين النتاج:

١٦٩٣٣ - إذا ادعى الرجلان دابة في يدي رجل، كل واحد منهما يدعي أنها ملكه، نتجت عنده، وأقاما البينة، فإن لم يؤرخا قضي بينهما، وإن أرخا، وتاريخهما على السواء، ينظر إلى سن الدابة إن كان مشكلاً، أو موافقاً للوقت الذي ذكرا قضي

بينهما، وإن كان مخالفًا للوقت الذي ذكراه لم يذكر محمد هذا الفصل في الأصل"
قال عامة المشايخ: الصحيح أنه تتهاتر البينتان، وتترك الدابة في يد صاحب اليد، وإن
أرخا، وتاريخ أحدهما أسبق، قضي لصاحب الوقت الذي سن الدابة عليه، وإن كان
سن الدابة مشكلًا، قضي بينهما، فقد ألغى التاريخ في دعوى النتاج، واعتبره في دعوى
الملك المطلق؛ لأن التاريخ إنما يعتبر ترجيحًا؛ لأن السابق ببينته يثبت زيادة استحقاق
على صاحبه، وهو متصور في دعوى الملك المطلق؛ لأن في دعوى الملك المطلق يتصور
أصل الاستحقاق لأحدهما على صاحبه بدون التاريخ، فيتصور زيادة الاستحقاق بزيادة
التاريخ، وإن كان سن الدابة على غير الوقتين، ذكر في الأصل: أنه يقضى بينهما،
وإليه ذهب بعض المشايخ، منهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله،
وعامة المشايخ على أن ما ذكر في الكتاب غلط، والصحيح أنه تتهاتر البينتان، وهكذا
ذكر القدوري في كتابه.

ومسألة الدابة التي ذكرها محمد في آخر باب دعوى النتاج، وقد تقدم ذكرها في
أول النوع الأول يشهد لعامة المشايخ في هذا الفصل، وروى بشر عن أبي يوسف مسألة
الدابة، وذكر في غير هذا الموضع[1] أنها تتهاتر البينتان. وذكر في هذه الرواية زيادة،
فقال: إذا علم أن سن الدابة مخالف لأحد الوقتين، وهو مشكل في الوقت الآخر،
قضي بالدابة لصاحب الوقت الذي أشكل سن الدابة عليه، وإن أرخ أحدهما، ولم
يؤرخ الآخر، وكان سن الدابة مشكلًا، قضي بينهما.

نوع آخر

من هذا الفصل في دعوى صاحبي اليد النتاج:

١٦٩٣٣ - دابة في يدي رجلين يدعي كل واحد منهما أنها دابته، نتجت عنده،
ويقيم البينة على ما يدعي، فإن لم يؤرخا يقضى لكل واحد منهما بالنصف، ولكن إنما
يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يده؛ لأنه اجتمع في كل نصف بينة ذي اليد
وبينة الخارج في دعوى النتاج، وإن أرخا، وتاريخهما على السواء، ينظر إلى سن

(١) هكذا في الأصل وب، وكان في ظ [illegible] بذلك.

الدابة ، فإن كان مشكلا أو كان موافقًا للوقت الذي ذكرا ، يقضى بالدابة بينهما ، وإن كان مخالفًا للوقت الذي ذكرا ، تهاترت البينتان عند عامة المشايخ ، ويترك الدابة في أيديهما كما كانت قبل هذا ، وإن أرّخ أحدهما ، ولم يؤرّخ الآخر ، وكان سن الدابة مشكلا ، يترك الدابة في أيديهم كما كانت .

نوع آخر

من هذا الفصل في المتفرقات:

١٦٩٣٤ - ادعى رجل جارية في يد إنسان أنها ملكه ، ولدت في ملكه من الأمة التي في يديه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة أنها ملكه ، ولدت في ملكه من الأمة التي في يديه ، قضى بالجارية لصاحب اليد ؛ لأن الولادة في بني آدم كالنتاج في البهائم ، ولو أقام المدعي بينة على أمها التي هي عند المدعى عليه أنها أمته ، وأنها ولدت هذا الولد في ملكه ، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك ، قضى بها وابنها[1] للمدعي ؛ لأن أصل الدعوى في الأم ودعواهما في الأم دعوى مطلق الملك ، إذ لم يذكرا[2] للملك في الأم سببًا ، وفي دعوى مطلق الملك الخارج أولى ، وإذا صار الخارج أولى في الأم كان أولى في الولد إذ ظهر أن ولادة هذا الولد كان في ملك الخارج .

١٦٩٣٥ - قال محمد رحمه الله في الأصل عقيب هذه المسألة : وكذلك الاختلاف في الصوف والشاة على هذا ، يريد به إذا وقع الدعوى في صوف ، فأقام الخارج بينة أنه صوفه جزه من شاته هذه التي في يديه ، وأقام صاحب اليد بينة أنه صوفه جزه من شاته الأخرى التي في يديه ، قضى بالصوف لذي اليد .

١٦٩٣٦ - ولو أقام المدعي بينة على الشاة التي هي في يدي المدعى عليه أنها شاته ، وأنه جز هذا الصوف في ملكه منها ، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك ، قضى بالشاة والصوف للمدعي ؛ لما ذكرنا في الجارية والولد .

١٦٩٣٧ - عبد في يدي رجل جاء رجل وادعى أنه عبده ولد من أمته هذه ، ومن

(١) هكذا في ظ ، وكذا في ف وم : أمها ، وفي الأصل : أمها .

(٢) هكذا في ظ وم ، وكان في الأصل وف : دعوى مطلق الملك إذا لم يكن للملك .

عبده هذا، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على ذلك، قضي بالعبد لصاحب اليد، ويكون ابن أمته وعبده، ولا يكون ابن أمة الآخر، ولا ابن عبده، فقد قضي بالعبد لصاحب اليد في الملك والنسب جميعًا، أما في الملك فظاهر، وأما في النسب، فلأنهما تداعيا في نسب هو نظير النتاج؛ لأن سبب النسب الولادة، وأحدهما صاحب اليد، وهناك يقضى لصاحب اليد، كذا ههنا.

١٦٩٣٨ - عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه عبده، ولد في ملكه، ولم يسموا أمه، وأقام رجل بينة أنه عبده، ولد في ملكه من أمته هذه، فإنه يقضى بالعبد للذي أمه في يده؛ لأنهما ادعيا النتاج في الولد، ولا يد لأحدهما على الولد، ولأحدهما يد على الأم، فيترجح الذي له يد على الأم كما يترجح لو كان له يد على الولد. وهذا لأن الولد لا بد له من الأم والولاد لا يتصور بدونها. وإذا جاز أن يترجح أحدهما على الآخر في الولد بسبب اليد على الولد، فكذا جاز أن يترجح أحدهما في الولد بسبب اليد على الأم، فإن أقام صاحب اليد بينة على أنه عبده، ولد في ملكه من أمته هذه على أمة أخرى، فقضي به لذي اليد؛ لأن لذي اليد يدًا على الولد والأم جميعًا، فيكون هو أولى ممن لا يد له عليهما، وممن له يد على الأم دون الولد.

١٦٩٣٩ - رجل في يديه شاة سوداء، ورجل آخر في يديه شاة بيضاء، فأقام الذي البيضاء في يديه أن السوداء التي في يدي صاحبي ملكي، ولدت في ملكي من هذه البيضاء، وأقام الذي السوداء في يديه أن البيضاء التي في يدي صاحبي ملكي، ولدت في ملكي من هذه السوداء، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ادعى الملك فيما في يده، وادعى النتاج فيما في يد صاحبه، ففيما في يد كل واحد منهما اجتمع دعوى النتاج، ودعوى الملك المطلق، فيكون الحكم لدعوى النتاج، هكذا ذكر محمد رحمه الله، وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلة، فكل واحد منهما يصلح أمًا للأخرى في رأي العين، وأما إذا كانت معلومة، وإحداهما يصلح أمًا للأخرى، والأخرى لا تصلح أمًا لها، كانت علامة الصدق ظاهرة في شهادة شهود أحدهما، فيقضى بشهادة شهوده.

وعن أبي يوسف رحمه الله: فيما إذا كان سن الشاتين مشكلًا أني لا أقبل بينتهما،

ويقضى لكل واحد منهما بالشاة التي في يده، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق، ثم إذا كانت سن الشاتين مشكلة، وكل واحد تصلح أمًّا للأخرى إذا قبلت الشهادتان. وإن تيقن القاضي بكذب إحدى البينتين؛ لأنه وجد لكل فريق محملًا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين ولادة إحداهما الأخرى، فكبرت الابنة، وولدت، وترك لها ابن أمها لم يترك عادتها في الارتضاع، فاتبعت ولدها، وارتضعت منه، فعاين الفريق الآخر ذلك.

١٦٩٤٠ – ولو أقام الذي البيضاء في يده أن البيضاء شاتي ولدت في ملكي، والسوداء التي في يد صاحبي شاتي، ولدت من هذه البيضاء، وأقام الذي السوداء في يديه السوداء شاتي، ولدت في ملكي، والبيضاء التي في يد صاحبي ملكي، ولدت من هذه السوداء، فإنه يقضي لكل واحد منهما بما في يده؛ لأن في هذه المسألة كل واحد منهما ادعى النتاج في الشاتين، فاجتمع في كل شاة بينة ذي اليد مع بينة الخارج في النتاج، فيقضى لصاحب اليد ببينته.

١٦٩٤١ – عبد في يدي رجل ادعى رجل أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه، فأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبده اشتراه من فلان، يريد به رجلًا آخر، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه، قضي به للذي في يديه؛ لأن كل واحد منهما يثبت أولية الملك لملكه بالولادة، ثم يثبت الانتقال إلى نفسه، فكأن المملكين حضرا وادعيا ذلك، وأحدهما صاحب يد، وهناك يقضى لصاحب اليد، كذا ههنا. والله أعلم بالصواب.

الفصل الثالث عشر
فيما هو في معنى النتاج

١٦٩٤٢- قال محمد رحمه الله في "الأصل": وإذا ادعت امرأة غزل قطن في يد امرأة أخرى أنه ملكها غزلته، وأقامت على ذلك بينة، وأقامت صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى بالغزل لصاحب اليد؛ لأنه بمعنى دعوى النتاج.

بيانه: أن كل واحد منهما ادعت سبب الملك لنفسها في العين المدعى به، وهو الغزل؛ لأن الغزل سبب ملك، فإن من غصب من آخر قطنًا، وغزل القطن ملكه، وغزل القطن لا يعاد، ولا يكرر، وكان بمنزلة دعوى النتاج من هذا الوجه، فيقضى ببينة صاحب اليد، كما في دعوى النتاج.

١٦٩٤٣- وكذلك لو ادعى صوفًا في يدي رجل أنه صوفه جزه من غنمه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى به لصاحب اليد؛ لأنه بمنزلة دعوى النتاج؛ لأن الجز في مجزوز واحد مما لا يتكرر، وكذلك إذا ادعى سمنًا أو زيتًا، أو دهن سمسم في يدي رجل أنه له، عصره وسلاه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى لصاحب اليد؛ لأن هذا مما لا يثنى، ولا يتكرر، فيكون بمعنى دعوى النتاج، وكذلك الدقيق والسويق على هذا، والولادة في بني آدم بمنزلة النتاج في البهائم، حتى إذا تنازع اثنان في غلام، كل واحد منهما يدعي أن الغلام ملكه، ولد في ملكه، والغلام في يد أحدهما، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه، قضى ببينة صاحب اليد، والنسب بمعنى النتاج حتى لو ادعى رجلان نسب ولد، والولد في يد أحدهما، وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه، قضى ببينة صاحب اليد، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٦٩٤٤- وإذا تنازع اثنان في غزل صوف، والغزل في يد أحدهما، فأقام كل واحد منهما بينة أنه ملكه غزله، قضى بالغزل للخارج؛ لأنه بمعنى دعوى ملك المطلق؛ لأنه يثنى ويكرر.

التمسك على ذي اليد بذلك السبب؛ لأن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة إذا صار لذي اليد بنسجه، لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه، فيكون في معنى دعوى النتاج، وفي الفصل الذي ادعى أولية الملك بسبب يحتمل التمسك على ذي اليد به؛ لأن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج، ثم ينقضه الخارج منه، وينقضه، وينسجه مرة أخرى، فيصير ملكًا بهذا السبب بعد ما كان لذي اليد، وكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه

وإن أشكل على القاضي ذلك سأل أهل العلم عن ذلك، ويعمل به العدول منهم، ويبني الحكم على رأيهم، والواحد منهم يكفي، والاثنان أحوط. وإن اختلف أهل العلم بذلك فيما بينهم حتى بقي مشكلا، ففيه روايتان، في رواية: يقضي للخارج كما في دعوى الملك المطلق.

١٦٩٥٠ - وإذا وقع الدعوى في كوز أو طست من صفر، أو إناء من حديد، أو صفر، أو شبهه، وادعى كل واحد أنه له صنعه في ملكه، فهذا ومسألة السيف التي ذكرناها على السواء.

وإذا كان في يدي رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ، فأقام رجل بينة أنه له، فرخ في ملكه. وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى لصاحب اليد؛ لأن التفريخ في الطيور بمنزلة النتاج في الدواب

١٦٩٥١ - وإذا ادعى لبنًا في يدي رجل أنه له، ضربه في ملكه، وأقام عليه البينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك، قضى للخارج؛ لأنه مما يعاد ويكرر، فكان بمنزلة دعوى النتاج.

وإذا اختلفا في جبن، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له، صنعه في ملكه، يقضى لصاحب اليد؛ لأنه بمنزلة دعوى النتاج؛ لأنه لا يعاد ولا يكرر. ولو أقام كل واحد منهما بينة أن اللبن الذي صنع منه هذا الجبن كان له، يقضى به للخارج؛ لأن أصل المنازعة في اللبن، وبينة كل واحد منهما في اللبن قامت على الملك المطلق، ولو أقام كل واحد منهما البينة [أن اللبن حلب من شاته، وفي ملكه، وصنع منه الجبن، فإنه يقضى بالجبن لذي اليد؛ لأن الحلب في اللبن لا يتكرر، فكان بمعنى دعوى النتاج.

ولو أقام كل واحد منهما البينة [(١) أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن] ملكه، قضى به للمدعي؛ لأن المنازعة ههنا في الشاة، وبينة كل واحد منهما قامت على الملك المطلق.

ولو أقام كل واحد منهما بينة أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي (٢) صنع منه هذا الجبن [(٣) ولدت من شاته، قضى بالجبن لذي اليد؛ لأن كل واحد من البينتين قامت على النتاج في الشاة التي وقعت المنازعة فيه.

١٦٩٥٢ - وإذا كانت شاة مسلوخة في يدي رجل، وسقطها وجلدها ورأسها في يدي آخر، فأقام الذي الشاة في يديه أن الشاة والجلد والرأس والسقط له، وأقام الذي في يديه الرأس والسقط والجلد بمثل ذلك، قضى لكل واحد منهما بما في يد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ادعى ملكاً مطلقاً فيما في يده، وفيما في يد صاحبه، وكل واحد منهما خارج عما (٤) في يد صاحبه، وبينة الخارج في دعوى الملك المطلق أولى.

ولو أقام كل واحد منهما بينة أن الشاة التي هذا رأسها وهذا سقطها نتجت عنده على ملكه، وأنه ذبحها وسلخها وله جلدها ورأسها وسقطها، يقضي بالكل للذي الشاة في يديه؛ لأنهما أثبتا النتاج في ملك الشاة، وأحدهما ذو اليد، فيكون ذو اليد أولى بها، وإذا صار ذو اليد أولى بالشاة صار أولى بالجلد والرأس والسقط لكون هذه الأشياء تابعة للشاة، فقد جعل السقط أصلاً في دعوى الملك المطلق على ما مر، وجعله تبعاً في دعوى النتاج، فكان ذلك من باب العمل بالشبهين؛ لأن السقط أصل من وجه، فعمل بالشبهين، فجعله أصلاً في دعوى الملك المطلق، وجعله تبعاً في دعوى النتاج.

قال في «المنتقى»: والصوف وورق الشجر وثمرة الشجر بمنزلة النتاج، وغصن الشجر والحنطة ليس بمنزلة النتاج، حتى لو أقام المدعي بينة أن هذا الصوف صوف شاته، وهذه الثمرة وهذا الورق من شجره، وهذا الغصن من نخله، وهذه الحنطة من حنطة

---

(١) ما بين القوسين في ظ و م فقط

(٢) وفي م: الذي .

(٣) ما بين القوسين في ظ و م فقط

(٤)

بذرها في أرضه، وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك. ففي القطن والحنطة يقضى للمدعي، وفي الصوف والتمر والورق يقضى لصاحب اليد.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٦٩٥٣ - إذا أقام الرجل بينة على ثوب في يدي رجل أنه نسجه، ولم يشهدوا أنه له، أو ادعى دابة في يدي رجل أنها نتجت عنده، ولم يشهدوا أنها له، أو ادعى أمة في يدي رجل أنها ولدت عنده، ولم يشهدوا أنها أمته، فإنه لا يقضى للمدعي في هذه المسائل؛ لأن شهوده لم يشهدوا بما هو له لا نصًا، وإنه ظاهر، ولا مقتضى شهادتهم بالولادة والنسج؛ لأن الإنسان قد ينسج غزل غيره بأمره بأجر أو إعانة، وقد تلد أمة الإنسان عند غيره.

وكذلك في فصل الأمة إذا شهدوا أنها ابنة أمة المدعي، لا يقضى بها للمدعي؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك للمدعي فيها، لا نصًا، وإنه ظاهر، ولا مقتضى شهادتهم أنها ابنة أمته، إذ ليس من ضرورة كونها ابنة أمته أن يكون ملكًا له، فإن المولى إذا استولد أمة نفسه، وولدت بنتًا، فهذه ابنة أمته، وليست بمملوكة له.

وكذلك الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاها على أنها حرة، فولدت بنتًا، فهذه ابنة أمة هذا الرجل، وليست بمملوكة له، وكذلك الرجل إذا باع ابنة أمته من إنسان، فهذه ابنة أمة البائع بعد البيع، وليست مملوكة له. فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا شهد الشهود أن هذا العبد ولدته أمة هذا المدعي، فإن هناك يقضى بالعبد للمدعي.

والفرق: أن في مسألة العبد الشهود شهدوا بملكية الولد حيث قالوا: هذا العبد، وشهدوا بملكية أمه للمدعي وقت الولادة والأمة المملوكة للإنسان لا تلد ولدًا مملوكًا لغير المالك، فإنهم شهدوا بملكية الولد للمدعي. أما في مسألة البنت ما شهدوا على ملكية البنت؛ لأنهم شهدوا أنها بنت أمته، وليس من ضرورة كونها ابنة الأمة أن تكون مملوكة أصلًا، لجواز أنها علقت حرة الأصل. فالحاصل أن الشهادة بولادة العبد والأمة من أمة إنسان شهادة بملك العبد والأمة لمولى الأمة، والشهادة بولادة الابن والابنة من أمة إنسان ليست بشهادة بملك الابن والبنت لمولى الأمة.

١٦٩٥٤ - ولو شهدوا على ثوب في يدي رجل، أنه غزل من قطن فلان، ونسج منه، فإنه لا يقضي بالثوب لفلان؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك لفلان، فقد يغزل القطن وينسج ولا يكون المنسوج ملكًا لصاحب القطن بأن غزل ونسج بغير أمره، هكذا ذكر في "الأصل"، وذكر بعد هذه المسألة مسائل:

١٦٩٥٥ - منها: إذا شهدوا أن فلانًا غزل هذا الثوب من قطن فلان، وهو يملك القطن ونسج الثوب، هل للمدعي أن يأخذ الثوب؟ وجعله على وجهين: إما أن يدعي المدعي الأمر بالغزل والنسج أو ينكر، فإن كان ينكر لا يكون له أخذ الثوب، ولكنه يضمنه قطنًا مثل قطنه؛ لأنه ثبت ملك القطن للمدعي بهذه الشهادة، وثبت غزل ذي اليد ذلك القطن ونسجه، ولم يثبت أمر المدعي بذلك، فكان الغزل والنسج بغير أمر المدعي، وهذا مما يقطع ملكه عن العين، فلا يكون للمدعي حق الأخذ، ولكن له أن يضمنه قطنًا مثل قطنه، وإن ادعى الإذن، فالقول قوله مع اليمين، وله أن يأخذ الثوب.

١٦٩٥٦ - ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع حصاد من أرض فلان، لا يقضي لصاحب الأرض بملك الحنطة باتفاق الروايات؛ لأنهم لم يشهدوا له بملك الحنطة، فقد يحصد من أرض إنسان ما لا يكون مملوكًا له، بأن كان الزارع غاصبًا للأرض، وهل يقضي له بأخذ الحنطة؟ فقد ذكر في رواية أبي سليمان أنه لا يقضي، وهكذا ذكر الكرخي في كتابه، وذكر في رواية أبي حفص: أنه يقضي، وجه ما ذكر في رواية أبي سليمان: أنه كما لم يثبت الملك لصاحب الأرض في هذه الحنطة بهذه الشهادة، لم يثبت الأخذ من يده بهذه الشهادة؛ لأن الشهود لم يعيّنوا الآخذ، وكان المشهود عليه بالأخذ مجهولًا، وجهالة المشهود عليه توجب بطلان الشهادة.

وجه ما ذكر في رواية أبي حفص: أنهم شهدوا بالأخذ من يده؛ لأن الحصاد أخذ وقد شهدوا بالحصاد من أرضه، وأرضه في يده، فكأنهم شهدوا بالأخذ من يده، قوله: بأن المشهود عليه بالأخذ مجهول، قلنا: لا، بل هو معيّن، ولكن اقتضاء لا نصًا؛ لأن المأخوذ في يده، فيكون هو الآخذ. قالوا: وما ذكر في رواية أبي سليمان أصح؛ لأنه ليس من ضرورة كون المأخوذ في يده أن يكون هو الآخذ، لجواز أن يكون الآخذ غير ذي اليد، وقد أودعه صاحب اليد، وصاحب اليد لم يحوّله عن موضعه حتى لم يصر

بالرد عليه، وفي الشهادة أيضاً بيان أنه كان في يده قبل هذا، إلا أن[1] الشهود لو شهدوا أنه كان في يد هذا أمس، لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة ومحمد، ولو شهدوا على جلد أو صوف أو لحم في يدي رجل أنه صوف شاة هذا المدعي، ولحم شاة هذا المدعي، وجلد شاة هذا المدعي: لا يقضى به للمدعي.

١٦٩٥٧ - فرق بين هذه المسائل وبينما إذا شهدوا أن هذه الحنطة من زرع فلان، وهذا التمر من نخيل فلان، وهذا الزبيب من كرم فلان، فإن في هذه الفصول يقضى بهذه الأشياء للمدعي، قال عيسى بن أبان رحمه الله: كان ينبغي أن يقضى للمدعي في جميع الفصول أو لا يقضى له في جميع هذه الفصول. فأما الفرق فلا وجه له، وتابعه في ذلك بعض المشايخ، وبعض مشايخنا قالوا: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع في بعض المواضع، وضع المسألة بحرف من[2]، وإنه للتبعيض، فقد جعلوا المدعى به بعض ملك المدعي، وبعض ملك الإنسان ملكه، فقد شهدوا للمدعي بملكية المدعى به، فيقضى له به، وفي بعض المواضع لم يذكروا حرف من، فلم يجعلوا المشهود به بعض ملك المدعي إنما نسبوه إلى ملكه حيث قالوا: جلد شاته صوف شاته، وليس من ضرورة كون الشيء منسوباً إلى ملك الغير أن يكون مملوكاً لذلك الغير، فلم يشهدوا للمدعي بملكية المدعى به، فلا يقضى له به، وهذا القائل يقول: لو ذكروا حرف "من" في المسائل كلها لكان لا يقضى للمدعي في المسائل كلها، وإلى هذا ذهب شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، ومن المشايخ من قال: لا، بل بين هذه المسائل فرق، وإليه مال شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهرزاده".

والفرق: أن في مسألة الحنطة وأخواتها شهدوا بملك هذه الأشياء للمدعي؛ لأنهم شهدوا له بملك النخيل والكرم مطلقاً، وهذه الأشياء من توابع النخيل والكرم لا محالة؛ لأنها متولدة من النخيل والكرم، والشهادة بملك مطلق في الأصل شهادة بملك توابعه، فأما الجلد والرأس تبع للشاة من وجه، وأصل من وجه، تبع من حيث إنها من أوصاف الشاة، وأصل من حيث إنها تقوم بعد الزايلة بنفسها، وكذلك لم يحدث هذه الأشياء

---

(١) هكذا في ط و م، وكان في الأصل و ف: "لأن" مكان "إلا أن".

(٢) هكذا في ط و ف و م، وكان في الأصل: من مسألة.

من الشاة، بل كان حدوثها مع الشاة معًا، فبهذا الاعتبار يكون أصلًا، والشهادة بملك أحد الأصلين لا يكون شهادة بملك الأصل الآخر إن كانت الشهادة بملك الأصل شهادة بملك التبع، فلا تثبت الشهادة بملكية هذه الأشياء مع الاحتمال.

١٦٩٥٨ - ولو شهدوا على دقيق في يدي رجل أنه طحن هذا الدقيق من حنطة هذا المدعي، لا يقضي بالدقيق للمدعي. والجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدوا أنه غزل هذا الثوب من قطن فلان، ونسج منه بمنواله(١)، ولو شهدوا على دجاجة في يدي رجل أن البيضة التي خرجت منها هذه الدجاجة كانت للمدعي، ولم يشهدوا أن هذه الدجاجة ملك المدعي، فالقاضي لا يقضي بالدجاجة للمدعي، إذ ليس من ضرورة كون البيضة مملوكة لإنسان أن تكون الدجاجة الخارجة منها ملكًا له، فإنه إذا غصبها غاصب، وخرج منه دجاجة، فالدجاجة تكون للغاصب، ولا يكون لصاحب البيضة كحنطة غصبها غاصب، وزرعها، فإن الحب الذي يحصل يكون للغاصب، كذا هنا. ولكن يقضى للمدعي على صاحب اليد ببيضة مثلها إذا أقر صاحب اليد أنه فرخها.

١٦٩٥٩ - فرق بين هذه المسألة، وبينما إذا شهدوا على جارية أو شاة، وقالوا: الأمة خرج منها هذه الجارية، والشاة التي خرجت منها هذه الشاة ملك المدعي، فإنه يقضي بالجارية والشاة للمدعي. والفرق أن كون الأمة، وكون الشاة مملوكة لإنسان ملكًا مطلقًا يوجب حدوث الولد على ملكه لا محالة، سواء كانت الولادة في يده أو في يد الغاصب إذا لم يوجد من المالك تمليك الولد، ولم يظهر ههنا تمليك الولد من صاحب اليد، فكانت الشهادة بملكية الأمة والشاة مطلقًا شهادة بملك الولد. أما كون البيضة مملوكة لإنسان ملكًا مطلقًا لا يوجب حدوث الدجاجة الخارجة على ملك صاحب البيضة، فلم تكن الشهادة بكون البيضة مملوكة للمدعي شهادة بكون الدجاجة الخارجة منها ملكًا للمدعي.

قال: ثوب مصبوغ بالعصفر في يدي رجل شهد الشهود أن هذا العصفر الذي في هذا الثوب لهذا المدعي صبغ هذا الثوب به، ورب الصبغ يدعي على رب الثوب أنه هو الذي صبغه، ورب الثوب يجحد ذلك، فالقول قول رب الثوب؛ لأن رب العصفر

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل وب وم: سواء.

يدعي عليه ضمان عصفره، ورب الثوب ينكر، وليس في شهادة هؤلاء ما يوجب ذلك، فإن ثوب الإنسان إذا هبّت به الريح، وألقته في صبغ إنسان، فرب الثوب لا يضمن الصبغ، ولكن يقوم الثوب أبيض، ويقوَّم مصبوغاً، فإن شاء رب الثوب ضمن لرب العصفر ما زاد العصفر فيه، وإلا بيع الثوب، ويضرب[1] صاحب الثوب في الثمن بقيمة ثوبه أبيض، ويضرب صاحب الصبغ بما زاد العصفر فيه.

١٦٩٦٠ - قال هشام: قال محمد: سمعت أبا يوسف يقول: إذا كان في يدي رجل أمة وابنة هذه في يد آخر، جاء رجل، وأقام البينة أن هذه أمته، وأخذها منه، لم يكن له على الابنة سبيل. ولو أقام البينة على نخل في يدي رجل أنه نخله وثمرة هذا النخيل في يدي الرجل الآخر أخذ الثمرة والنخيل، ولا يشبه الثمر الولد، ألا ترى أنه لو أوصى بغلة نخلة عشر سنين جاز، ولو أوصى بما تصبغ[2] ثيابه عشر سنين لا يجوز.

وقال هشام أيضاً: سألت محمداً عن أرض مزروعة حنطة أقام آخر بينة أن الأرض له، وقالت البينة، لا ندري لمن الزرع؟ قال: إذا لم يعلم الزارع فالزرع تبع الأرض، قلت: فإن أقام الذي في يديه الأرض بينة أنه هو الذي زرع، أيجعل له الزرع؟ قال: نعم، قلت: فإن كان الزرع محصوداً أو كدساً، والشهود لم يشهدوا بالزرع لأحد[3] قال: الزرع لمن في يديه الأرض.

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في م: "فيصرف" وفي الأصل: "فيصير".

(٢) هكذا في الأصل وم وف، وكان في ظ: بما تصبغ ثيابه".

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من "ظ"، وأثبتناه في الأصل.

[الفصل الرابع عشر
في دعوى الحائط][1]

١٦٦٩٦ - يجب أن يعلم أن الحائط المتنازع فيه لا يخلو إما أن لا يكون متصلا ببناءهما، ولكن يكون بين داريهما، أو يكون متصلا ببناءهما، أو يكون متصلا ببناء أحدهما، والاتصال نوعان، اتصال تربيع واتصال مجاورة وملازقة، ولا يخلو إما أن لا يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهرادي، أو كان لهما عليه جذوع، أو كان لهما عليه هرادي، أو كان لأحدهما عليه جذوع، وللآخر هرادي، فإن لم يكن الحائط متصلا ببناءهما، ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره، فإنه يقضى بالحائط بينهما هكذا ذكر في «الأصل»، وهذا كذلك؛ لأنهما استويا في الدعوى، وليس ثمة من ينازعهما فيه، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيقضى بينهما، ومعنى قوله: يقضى بينهما أنه إذا عرف كونه في أيديهما يقضي بينهما قضاء ترك على ما كان، وإن لم يعرف كونه في أيديهما، وادعى كل واحد منهما أنه ملكه، وفي يديه يجعل في أيديهما؛ لأنه لا منازع لهما فيه، لا أنه يقضى بينهما.

هذا كدار ادعاها رجلان يدعي كل واحد منهما أنه ملكه وفي يده، فإن لم يعرف أنها في أيديهما يجعل في أيديهما؛ لأنه لا منازع لهما فيها، لا أنه يقضى بينهما، وإن عرف أنها في أيديهما يبقى في أيديهما على ما كان، كذا ههنا. وكذلك إن كان لأحدهما عليه هرادي أو بواري، ولا شيء للآخر عليه، يقضى بينهما؛ لأن موضع الهرادي لا يعد على الحائط يد استعمال؛ لأن الحائط إنما يبنى للسقف، وتلك موضع الجذوع عليه، لا موضع البواري والهرادي؛ لأن السقف على الهرادي والبواري لا يكون، وإنما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال، والحائط لا يبنى للاستظلال، وهو نظير ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوب مبسوط، ولا شيء للآخر، وهناك يقضى بالحائط بينهما؛ لأن صاحب الثوب غير مستعمل للحائط بالطريق الذي قلنا، كذا هنا.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من «ظ».

١٩٦٠٢ - وإن كان لأحدهما عليه جذوع، ولا شيء للآخر، فإنه يقضي به لصاحب الجذوع؛ لأن لصاحب الجذوع يداً مستعملة، وللآخر مجرد استمساك، فيكون صاحب اليد المستعملة أولى، كدابة تنازع فيها اثنان، أحدهما راكب والآخر آخذ بلجامها، فالراكب أولى. وكذلك إذا كان لأحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة، فصاحب الحمولة أولى؛ لأن له يداً مستعملة، وليس للآخر إلا مجرد يد بلا استعمال، وكثوب تنازع فيه اثنان، وأحدهما لابسه، والآخر متعلق بطرف منه، كان اللابس أولى، فكذلك هذا.

وإنما اعتبر الاستعمال ترجيحاً إذا استويا في اليد؛ لأن للاستعمال زيادة دليل على الصدق ليس من جنس اليد، فيصلح للترجيح كيد ذي اليد في دعوى النتاج والشراء من ثالث، فإن بينة ذي اليد ترجح باليد؛ لأن اليد دليل زائد على الصدق، أنه من خلاف جنس البينة، فصلح لترجيح إحدى البينتين، فكذا الاستعمال دليل زائد على الصدق؛ لأن الظاهر أن الاستعمال إنما يكون من المالك، كما أن الظاهر أن اليد تكون للمالك لا لغيره، وإنه ليس من جنس اليد؛ لأن الاستعمال انتفاع بعد ثبوت اليد، فكان جنساً آخر سوى اليد، فيصلح للترجيح. وكذلك إذا كان للآخر عليه هرادي؛ لأن الهرادي ليس باستعمال للحائط على ما بينا، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه حائط سترة، فالحائط الأسفل لصاحب الجذوع لكونه مستعملاً بوضع حمل مقصود عليه، ولصاحب السترة السترة على حالها بمنزلة سفل لأحدهما، وعليه علو الآخر، وإن كان لأحدهما عليه سترة، وللآخر عليه هرادي، فالحائط لصاحب السترة، فأما إذا كان لأحدهما جذع واحد، ولا شيء للآخر، أو للآخر عليه هرادي، هل يقضى لصاحب الجذع الواحد؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا في ظاهر الرواية، وقال بعض مشايخنا: إنه لا يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ لأن الحائط لا يبنى لوضع جذع واحد، وكذا كما إذا كان عليه هرادي. وروى ابن سماعة عن محمد أنه يقضى لصاحب الجذع الواحد، وهذا لأن لصاحب الجذع مع اليد نوع استعمال؛ لأن وضع الجذوع استعمال للحائط حتى قضينا لصاحب الجذوع، فيكون وضع جذع واحد استعمالاً للحائط بقدره، وليس للآخر ذلك، فيكون صاحب الجذع الواحد أولى بسبب الاستعمال، كما يكون أولى لو كان له جذوع. ولا

شيء للآخر، أو كان للآخر عليه هرادي وبواري.

هذا إذا لم يكن الحائط المتنازع فيه متصلاً ببنائهما، وأما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً ببنائهما إن كان اتصالهما جميعًا اتصال تربيع، أو اتصال ملازقة، فإنه يقضى بينهما نصفان؛ لأنهما استويا في الدعوى والاتصال بالأرض والبناء جميعًا، فيقضى بينهما نصفان، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع، واتصال الآخر اتصال ملازقة، فصاحب التربيع أولى؛ لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه؛ لأن قوام الحائط بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه؛ لأن تفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلاً في أنصاف لبن الحائط غير المتنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع داخلاً في المتنازع فيه. وإن كان الجدار من خشب، فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبة في الأخرى. فأما إذا نقب وأدخل لا يكون تربيعًا، فإذا كان تفسير التربيع هذا كان لصاحب التربيع مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال، فيكون صاحب الاتصال أولى، وكان بمنزلة الراكب على الدابة، والمتعلق باللجام، فإن الراكب أولى؛ لأن له مع الاتصال استعمالاً، كذلك هاهنا. وأما إذا كان متصلاً ببناء أحدهما اتصال ملازقة، أو اتصال تربيع، وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع، فإنه يقضى لصاحب الاتصال إن كان اتصال تربيع، فلا إشكال، وإن كان اتصال ملازقة فكذلك؛ لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوك، ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف جنس الأول، وهو الاتصال بالبناء، فيترجح على الآخر.

وكذلك إذا كان متصلاً ببناء أحدهما، وللآخر عليه هرادي، يقضى لصاحب الاتصال؛ لأن الهرادي وجوده كعدمه، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع، وللآخر عليه جذوع، فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه، فصاحب الاتصال أولى عند عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في «الأمالي»، وفسر الكرخي ذلك، فقال: إن كان الحائط المتنازع فيه ناحيتاه متصلتين بحائطين لأحدهما، والحائطان متصلان بحائط آخر لصاحب الحائطين بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعًا شبه القبة، فحينئذ يكون الكل في حكم بناء واحد، فصاحب هذا الاتصال أولى على ما ذكره الكرخي، وعن أبي يوسف رحمه الله: أن المعتبر اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين

الجنس واحد، والترجيح لا يثبت بالزيادة في الجنس الواحد، فلهذا يقضي بينهما، هذا هو جواب ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف في "الأمالي": أن أبا حنيفة كان يقول أولا كما هو ظاهر الرواية، ثم رجع، وقال: يقضي لكل واحد منهما ما تحت خشبة في يده، وصاحبه خارج فيه، والقول قول صاحب اليد، والباقي بينهما لاستوائهما فيه، وعن أبي يوسف أنه كان يقول أولا فيما إذا كان لأحدهما عليه عشر خشبات، وللآخر ثلاثة، كما هو ظاهر الرواية، ثم رجع وقال: يقضي بالحائط كله لصاحب العشر؛ لأن له الاستعمال أقوى، إلا أنه لا يؤمر الآخر برفع الجذوع، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية.

١٦٩٦٥- ولو كان لأحدهما عليه عشرة خشبات إلى الثلاثة، والآخر عليه ما دون الثلاث خشبة أو خشبتان، فالحائط لصاحب الثلاث فصاعداً إلى العشرة، ولصاحب ما دون الثلاث موضع جذوعه، هكذا ذكر في بعض المواضع، وذكر في بعض المواضع: ولصاحب ما دون الثلاث موضع جذعه مع أصل الحائط، ومعناه أنه يقضي بذلك الحائط بينهما على قدر جذوعهما، لا أنه يقضي بذلك الحائط لصاحب العشرة، وللآخر مجرد حق الوضع، إذ لو كان المراد ذلك لكان يقال: الحائط لصاحب العشرة، وللآخر حق وضع الجذع، فلما قال: وللآخر موضع جذعه مع أصل الحائط، علم أنه أراد به أن الحائط بينهما على عدد جذوعهما، حتى إنه إذا كان لأحدهما عشر جذوع، وللآخر جذع واحد، يقضي بينهما على أحد عشر سهماً، وهذا قول أبي حنيفة، رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف، وكان ينبغي في القياس أن يقضي بينهما، هكذا ذكر الكرخي في "مختصره".

١٦٩٦٦- قال في "النوازل": وكان أبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بهذا القياس أولا، ثم رجعا عنه، وذكر الحاكم الشهيد في "مختصره" في كتاب الدعوى أنه إذا كان لأحدهما عليه عشرة خشبات، وللآخر عليه خشبة واحدة، وذكر في كتاب الصلح: أن لكل واحد منهما ما تحت خشبة، ولا يقضي بينهما نصفان، يستحسن ذلك في الخشبة الواحدة ونحوها، ذكر في كتاب الصلح، وقال في كتاب الإقرار: هو لصاحب العشرة إلا موضع الخشبة. قال القدوري: أراد بقوله في كتاب الإقرار هو لصاحب العشرة إلا موضع الخشبة استحقاق الوضع، يعني لصاحب القليل حق وضع خشبته.

١٦٩٦٧ - وفي «المنتقى» : قال أبو يوسف: وإذا كان لأحدهما على الحائط أجذاع[1]، وللآخر عليه أكثر من ذلك، اجعله بينهما نصفان، ثم قال بعد ذلك: إذا كان لأحدهما عليه ثلاثة، وللآخر عليه عشرون، فالحائط لصاحب العشرين، ولصاحب الثلاثة موضع جذوعه، وإنما أجعله بينهما نصفين إذا تقاربت، أو كان لصاحب الأقل أكثر من نصف جذوع الآخر. وجه القياس في التسوية بين الجذع الواحد والثلاثة فصاعداً، يقضي بينهما نصفان، أن الاستعمال بوضع الخشبة يثبت يد صاحبها على الحائط، فلا يعتبر الكثرة بعد ذلك للترجيح، كما لو تنازعا في ثوب وعمامته في يد أحدهما، وطرفه في يد الآخر.

وجه رواية التسوية بين الثلاث، وما زاد عليها، وترجيح الثلاث فصاعداً على ما دون الثلاثة أن صاحب الثلاث يساوي صاحب ما زاد على الثلاث في الاستعمال الذي بنى الحائط لأجله، وهو التسقيف، فإن التسقيف يتأتى بالثلاث، كما يتأتى بما زاد على الثلاث، وأما صاحب الواحد لا يساوي صاحب الثلاث في ذلك؛ لأن التسقيف لا يتأتى بالواحد، وإن كان يتأتى، ولكن بطريق الندرة يظهر الفرق من هذا الوجه. وفي بعض المواضع جعل الخشبات بمنزلة الثلاث، وبه أخذ بعض المشايخ؛ لأنه يمكن التسقيف بهما، كما يمكن بالثلاث، ثم على رواية كتاب الصلح إذا قضى لكل واحد منهما بما تحت خشبته إذا كان لأحدهما عليه عشرة، وللآخر عليه واحد، كيف يقضي بما بين الخشبات؟ لم يذكر هذا في الكتاب.

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يقضي على أحد عشر سهماً، وبعضهم قالوا: يقضي بينهما نصفان لاستوائهما في ذلك، ألا ترى أن في الدار التي فيها منازل، وفي يد رجل منزل منها، وفي يد آخر باقي المنازل إذا اختلفا في الساحة، يقضي بالساحة بينهما لاستوائهما في الساحة، كذا ههنا، وقال بعضهم بمنزلة الواحدة؛ إذ لا يمكن التسقيف بها إلا على سبيل الندرة.

ومما يتصل بهذا الفصل:

---

(١) وفي الأصل: جذوع.

١٢٩٦٨ - قال أبو حنيفة رحمه الله في خص بين رجلين والقمط إلى أحدهما، وادعى كل واحد منهما الخص: فإنه يقضى بالخص بينهما، ولا ينظر إلى القمط، وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى بالخص لمن إليه القمط؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الذي يتخذ الخص يقوم وقت الشد على سطحه، فيكون القمط إليه، وعلى هذا إذا اختلفا في حائط بينهما، ووجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات، وقال أبو يوسف ومحمد: يقضى لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر أن الباني هو الذي يجعل وجه البناء والطاقات إلى نفسه.

ولأبي حنيفة أن القمط بمعنى الخص، وأنصاف اللبن والطاقات بمعنى الحائط، والشيء لا يكون دليلاً على نفسه، ومعنى لا[1] يدل على الثالث، أما لا يدل على الملك بالخصوص؛ لأن الإنسان كما يزين وجه جدار خاص يزين وجه جدار مشترك لأجل النظر والاستراحة، وكذلك في الخص قد يجعل القمط إلى جانب جاره ليستوي جانبه حتى نفسه. فيسقط الاحتجاج به، بقي ما ذكرنا من التعليل خاليًا عن المعارض.

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل: ويدل، ولعله: بدل.

ذلك في الفصل الثاني من الكتاب.

١٦٩٧٠ - وكذلك لو شهدوا بأن أباه مات، وترك طريقًا في هذه الدار ميراثًا له، قبلت الشهادة، وكذلك على هذا إذا كان له باب مفتوح من داره على حائط في زقاق، وأنكر أهل الزقاق أن يكون له حق المرور في زقاقهم، فلهم منعه إلا أن تقوم له بينة على أن له طريقًا ثابتًا فيها على نحو ما ذكرنا في الدار.

١٦٩٧١ - وإذا كان لرجل ميزاب في دار رجل، فأراد رب الدار أن يمنعه من أن يسيل فيه الماء، فله منعه حتى يقيم البينة أن له حق تسييل الماء فيه، وليس لصاحب الدار أيضًا أن يقطع الميزاب، وهذا لأن الميزاب في الأصل محتمل يحتمل أن يكون بحق بأن شرط في القسمة لهذا الرجل حق تسييل الماء في دار هذا الرجل، ويحتمل أن يكون بغير حق، فبالشك لا يثبت لصاحب الميزاب حق تسييل الماء، ولا يثبت لصاحب الدار حق قطع الميزاب.

وذكر في كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء، واختلفا في ذلك، فالقول قول صاحب الماء، إلا أن في مسألة كتاب الشرب وضع المسألة فيما إذا كان جاريًا وقت الخصومة، وإذا كان الماء جاريًا وقت الخصومة لا شك أنه يكون القول قول صاحب الماء؛ لأن صاحب الماء في هذه الحالة صاحب يد في النهر، فيكون القول قوله فيه، وكان له حق تسييل الماء فيه، إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه، وكذلك إذا لم يكن جاريًا وقت الخصومة، إلا أنه علم أنه كان يجري إلى أرض هذا الرجل قبل ذلك، كان القول قول صاحب الماء، ويقضى له بالنهر، إلا أن يقيم صاحب الأرض بينة أن النهر ملكه، حتى إن في مسألة النهر إذا لم يكن الماء جاريًا إلى أرض هذا الرجل وقت الخصومة، ولم يعلم بجريانه إلى أرضه قبل ذلك، فإنه يقضى لصاحب الأرض بالنهر إلا أن يقيم صاحب الماء بينة أن النهر ملكه، وفي مسألة الميزاب وضع المسألة فيما إذا لم يكن الماء جاريًا وقت الخصومة، ولا علم جريانه قبل ذلك.

وإذا كان هكذا فصاحب الماء لا يكون صاحب يد في هذه الحالة، فلا يقبل قوله؛ وهذا بلا خلاف بين المشايخ، فأما إذا كان الماء جاريًا في الميزاب وقت الخصومة فقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: القول قول صاحب الميزاب كما في مسألة النهر،

ومنهم من قال: لا يقبل قول صاحب الميزاب، فرّق هذا القائل بين مسألة النهر وبين مسألة الميزاب، وذكر الفقيه أبو الليث عن المتأخرين من أصحابنا أنهم استحسنوا في الميزاب إذا كان تصويب سطح صاحب الميزاب إلى موضع الميزاب، وعلم أن التصويب قديم لم يحدثه صاحب السطح، وعلم أن الميزاب قديم أن يجعل له حق تسييل الماء؛ لأن الظاهر[1] شاهد له، والقدم[2] حجة شرعية، فإن جاء صاحب الميزاب ببينة، فشهدوا أنهم رأوه يسيل فيه الماء، فليست هذه الشهادة بشيء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنهم شهدوا له بيد منقضية. وإن شهدوا أن له مسيل ماء في هذا الميزاب، فإن بينوا أنه لماء المطر، أو لماء الوضوء، أو لماء الاغتسال، فلا شك أن هذه الشهادة مقبولة، ويكون له ما شهدوا له به إن شهدوا أنه لماء المطر، فهو لماء المطر، وليس له أن يسيل فيه ماء الوضوء والاغتسال، وإن شهدوا أنه لماء الوضوء والاغتسال، فهو لماء الوضوء والاغتسال، وليس له أن يسيل فيه ماء المطر، وإن لم يبينوا شيئاً من ذلك.

ذكر في الكتاب: أن الشهادة مقبولة، واختلف المشايخ فيه، منهم من قال: المسألة مؤولة، وتأويلها أنهم شهدوا على إقرار صاحب الدار أن له مسيل ماء في داره من هذا الميزاب، وإذا كان هكذا لا شك أن الشهادة تقبل؛ لأنه ثبت إقراره بالبينة، وإقراره حجة عليه، ويرجع في البيان إليه أنه لماء المطر، أو لماء الوضوء والاغتسال، فأما إذا شهدوا على البتات، ولم يبينوا شيئاً من ذلك، لا تقبل الشهادة؛ لأن العمل بإطلاق اللفظ هنا غير ممكن؛ لأن ضرر ماء المطر وماء الوضوء جنسان مختلفان؛ لأن ماء المطر يكثر، ولا يدوم، وماء الوضوء يقل ويدوم، وإذا كان الضرر مختلفاً كان الجنس مختلفاً، واللفظ الواحد لا ينتظم أمرين مختلفين كاسم القرء وأشباهه، وإنما يتناول أحدهما، وذلك الواحد مجهول، فلا تقبل الشهادة.

ومن المشايخ من قال: تقبل الشهادة وإن لم يبينوا شيئاً، واختلفوا فيما بينهم أنه إذا قبلت هذه الشهادة ماذا يثبت بعضهم، قالوا: يثبت حق تسييل ماء المطر، ومنهم من قال: يثبت كلا الأمرين حق تسييل ماء المطر، وحق تسييل ماء الوضوء والاغتسال جميعاً.

(١) هكذا في الأصل وظ، وف. وكان في م: حق تسييل الماء إلى الظاهر.

(٢) هكذا في ظ، وم، وكان في الأصل وف: والتقدم.

ومنهم من قال: يؤمر صاحب الدار بالبيان؛ لأن بالشهادة يثبت حق مسيل الماء، أما الكيفية لم تثبت، فيؤمر صاحب الدار بالبيان، فإذا قال: لماء الوضوء فهو لماء الوضوء لا غير، وإن قال: لماء المطر فهو لماء المطر لا غير، ويحلف على الآخر؛ لأن هذا أمر يجري فيه البذل والإقرار، فيجري فيه اليمين، وإن شهدوا أنه مسيل ماء دائم للوضوء والاغتسال، وماء المطر فهو جائز، ويثبت جميع ذلك، ولو لم يكن للمدعي بينة أصلاً، استحلف صاحب الدار، ويقضي فيه بالنكول.

١٦٩٧٢ - وفي "المنتقى" قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن نهر عظيم الشرب لأهل قرى لا يحصون، حبسه قوم من أعلى النهر عن الأسفلين، وقالوا: هو لنا وفي أيدينا، وقال الذين في أسفل النهر: هو لنا كله، ولا حق لكم فيه، قال: إذا كان النهر يجري إلى الأسفلين يوم يختصمون، ترك على حاله يجري كما يجري، وشربهم جميعاً منه كما كان، وليس للأعلين أن يسكروه عنهم، وإن كان الماء منقطعاً عن الأسفلين يوم يختصمون، ولكن علم أنه كان يجري إلى الأسفلين فيما مضى، وإن أهل الأعلى يحبسونه عنهم، أو أقام أهل الأسفل بينة أن النهر كان يجري إليهم، وأن أهل الأعلى حبسوه عنهم، أمر أهل الأعلى بإزالة الحبس عنهم، وهذه المسألة دليل على أن الشهادة على يد منقضية صحيحة عند محمد.

قال هشام: قلت لمحمد: أرأيت هؤلاء الذين لا يحصون إذا ادعى بعضهم هذا النهر، وأقام البينة أنه لقرى معلومة، لا يحصى أهلها أتقضي به لتلك القرى بدعوى هذا، وإقامة البينة، والمدعى عليهم لا يحصون، وقد حضر بعضهم وفيهم الصغير والكبير، قال محمد رحمه الله: إذا كان هذا على ما يصف، فإنما هذا النهر بمنزلة طريق من طرق المسلمين نافذ، وإن أقاموا البينة أنه لهم دون غيرهم استحقوه، وخرج من أن يكون نهراً لجماعة المسلمين، وصار لأهل تلك القرى خاصة، واكتفى القاضي بواحد من المدعين، وبواحد من المدعى عليهم، وإن كان النهر خاصاً لقوم معروفين يحصون لم يقض عليهم بحضرة واحد منهم، وقضى على من حضر منهم.

١٦٩٧٣ - قال محمد رحمه الله في "الأصل": وإذا كان الدار التي يدعي فيها المسيل أو الطريق بين ورثة، فأقر بعضهم بالمسيل والطريق، وجحد ذلك الباقون، لم

يكن للمقر به أن يمر فيه، ولا أن يسيل فيه الماء؛ لأن الإقرار بالطريق والمسيل من بعض الشركاء إقرار باطل؛ لأن الطريق والمسيل إنما يكون في مكان بعينه، وإقرار أحد الشريكين بمكان بعينه من الموضع المشترك إقرار باطل؛ لأن الساكت يتضرر بهذا الإقرار زيادة ضرر؛ لأنه يحتاج إلى قسمتين، قسمة مع المقر له حتى يتميز نصيبه، وقسمة أخرى مع المقر في هذا المكان المقر به، وعند ذلك عسى يتفرق أنصباؤه، وفي ذلك ضرر له، وتصرف بعض الشركاء في الموضع المشترك على وجه يوجب زيادة ضرر بالباقين باطل، وإذا بطل هذا الإقرار، صار وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم كان الجواب كما قلنا، فههنا كذلك، وهذا بخلاف ما لو أقر بعض الشركاء بجزء شائع من الدار المشترك بينه وبين غيره حيث يصح الإقرار؛ لأنه ليس في هذا الإقرار زيادة ضرر على ما في يد الشركاء؛ لأن الساكت لا يحتاج إلى القسمتين، إنما يحتاج إلى قسمة واحدة بينه وبين المقر، ثم يدخل[1] المقر له في نصيب المقر.

وبخلاف ما لو أقر بعض الشركاء بنصيبه من الشرب، أو ببعض نصيبه، حيث يصح هذا الإقرار، وإن أقر بإجراء الماء في مكان بعينه، وهو النهر كما في الطريق؛ لأنه ليس في الإقرار زيادة ضرر للساكت؛ لأنه لا يحتاج إلى قسمتين؛ لأن قسمة الشرب إنما تكون من حيث المهايأة، كما قبل الإقرار، ويصير نوبة المقر له إن أقر له بجميع نصيبه، فإذا أقر له ببعض نصيبه يدخل المقر له في نوبة المقر، فلا يلحق الساكت زيادة ضرر بهذا الإقرار، أما ههنا بخلافه، فإن قسم الورثة هذا الدار بعد هذا الإقرار من بعض الشركاء، فوقع الطريق والمسيل في نصيب المقر، يؤمر بتسليمه إلى المقر له، وينقلب ذلك الإقرار صحيحًا لزوال المانع من صحته، وهو ضرر الساكت، وإن وقع الطريق والمسيل في نصيب غير المقر، فالمقر يضرب بنصيبه إلا قدر الطريق والمسيل، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يحك فيه خلافًا، قالوا: ويجب أن يكون المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول محمد يضرب المقر له بنصف قيمة الطريق والمسيل، والمقر يضرب بحصته إلا قدر قيمة نصف الطريق والمسيل قياسًا على مسألة كتاب الإقرار، فإنه ذكر في كتاب الإقرار: دار بين رجلين فيها عشرة بيوت، أقر أحد الشريكين ببيت بعينه لآخر، لا يصح إقراره للحال، فإذا قسّم المقر والساكت الدار فيما بينهم بعد ذلك، إن وقع البيت

---

(١) هكذا في ط وم، وكان في الأصل وف: "فكذلك".

المقر به في نصيب المقر، فإنه يؤمر بتسليمه إلى المقر له، وإن وقع في نصيب صاحبه، ذكر أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يضرب المقر له بجميع ذرعان البيت في نصيب المقر، والمقر يضرب بنصف ذرعان الدار إلا قدر ذرعان البيت، حتى إنه إذا كان ذرعان البيت المقر به عشرة ذرعان الباقي تسعون، فالمقر له يضرب بعشرة، والمقر يضرب بأربعين، وعلى قول محمد: المقر له يضرب بنصف ذرعان البيت، وذلك خمسة أذرع، والمقر يضرب بخمسة وأربعين، فههنا يجب أن يكون كذلك على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يضرب المقر له بجميع قيمة الطريق والمسيل، وعلى قول محمد: يضرب بنصف قيمة الطريق والمسيل، إلا أن في مسألة المسيل والطريق تعتبر القيمة، وفي مسألة البيت تعتبر الذرعان؛ لأن المقر به في مسألة المسيل والطريق حق المرور وحق تسييل الماء لا الرقبة، فلا يمكن اعتباره بالذرعان، والمقر به في مسألة البيت الرقبة، فأمكن اعتباره بالذرعان.

وطريق معرفة قيمة حق المرور، وتسييل الماء أن ينظر إلى قيمة الدار، وفيها حق المرور للغير، وإلى قيمتها، وليس فيها حق المرور لأحد، فإن كانت قيمتها، وليس فيها حق المرور لأحد خمسمائة، وكانت قيمتها، وفيها حق المرور للغير أربع مائة، عرفت أن قيمة حق المرور مائة، فيضرب المقر له بمائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والمقر بأربع مائة، وعند محمد: يضرب المقر له بخمسين، والمقر بأربع مائة وخمسين.

١٦٩٧٤ - وإذا كان مسيل ماء في دار رجل في قناة، فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابا، ليس له ذلك إلا برضاء صاحب الدار، أما إذا أراد أن يجعله ميزابا على الهواء، فلأنه يريد أن يشغل شيئا من هواء داره، وأما إذا أراد أن يجعله ميزابا على وجه الأرض، فلأنه يريد أن يزيل منفعة وجه الأرض عن صاحب الدار؛ لأن الماء في القناة يجري تحت القناة، والآن تجري على وجه الأرض.

ولو كان ميزابا، فأراد أن يجعله قناة، فإن كان في ذلك ضرر على صاحب الدار، بأن احتاج إلى حفر حافتي النهر لجعله قناة، فليس له ذلك إلا برضاء صاحب الدار، وإن لم يكن في ذلك ضرر على صاحب الدار، بأن لم يحتج إلى ذلك، بأن كان ميزابا عريضا، فله ذلك. وذكر الكرخي: أنه إذا تساوى الأمران في الضرر، فله أن يجعل

القناة منزلة الميزاب والمثعب فلا، ومن المتأخرين من قال: ما ذكر محمد في الكتاب محمول على ما إذا قال له حق المسيل لا غير، فأما إذا كانت البقعة التي تسيل فيها الماء ملكه، فله أن يتصرف فيها بما شاء.

قال في الكتاب: وإن كان الميزاب على الهواء، فليس له أن يجعله قناة، ولم يفصل بينما إذا كان لصاحب الأرض فيه ضرر، أو لم يكن؛ لأن ههنا يحتاج إلى حفر الأرض، وإنه لا يخلو عن الضرر، ولو أراد أن يجعل ميزابًا أطول من ميزابه، أو أعرض أو أقصر، أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك، ليس له ذلك إلا برضاء أهل الدار، وكذلك لو أراد أن ينقل الميزاب عن موضعه، أو يرفعه، أو يسفله، لم يكن له ذلك إلا برضاء أهل الدار، ولو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطًا ليسدوا مسيله به، لم يكن لهم ذلك.

ولو بنى أهل الدار بناء ليسيل ميزابه على ظهره، فلهم ذلك، ولو كان لرجل طريق في دار رجل، فأراد صاحب الدار أن يبني في ساحة الدار ما يقطع طريقه، لم يكن له ذلك، وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار.

١٦٩٧٥ - وفي «نوادر هشام»: قال: سألت محمدًا عن رجل ادعى على رجل أن مجرى مائه في بستانه، ولم يكن الماء جاريًا يوم اختصما، فشهد شاهدان أنه كان جاريًا إلى بستان هذا الرجل أمس، قال: كان أبو يوسف يجيز هذه الشهادة، وكان أبو حنيفة لا يجيزه ما لم يشهدوا بالملك أو الحق، وهو قول محمد رحمه الله. ولو شهدوا على إقرار المدعى عليه، فذلك جائز في قولهم، وهو نظير ما لو ادعى رجل دارًا في يدي رجل، وشهد الشهود أن هذه الدار كانت في يد المدعي، قبلت الشهادة عند أبي يوسف، وقضى بالدار للمدعي، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد: لا يقضي بالدار للمدعي، ولو شهدوا على إقرار المدعى عليه أنها كانت في يد المدعي، قضي بالدار للمدعي.

١٦٩٧٦ - قال أيضًا: وسألته عمن ادعى قبل آخر ناوقة موضوعة على نهر هذا أمس، فجاء السيل حتى قلعها أمس ورمى بها، قال محمد رحمه الله: إذا شهدوا بذلك أمرته أن يعيد الناوقة كما كانت موضوعة. قلت: فإن أراد أن يجري فيها الماء، فمنعه

صاحب النهر، وجحد أن يكون له فيها مجرى قال له: أن يمنعه حتى يقيم البينة على أن مجرى مائه فيها، قلت: فما منفعته في ذلك إذا لم يسيل؟ قال: يقول صاحب الميزاب: ربما كان مركبًا فرعا[1] جديدة في الحال على أن يسيل ماءه فيها، فيمكنه تسييل الماء فيها من غير توقف.

١٦٩٧٧ ذكر ابن سماعة في نوادره: في الميزاب الذي كان يجري فيها الماء في دار رجل لاتقبل الشهادة في هذا في قول أبي حنيفة حتى يشهدوا أنه حق له، وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أن هذا مجرى مائه، كان له أن يجري فيه الماء، ولا يشترط أن يشهدوا له بالملك أو الحق، وهذه المسألة ومسألة مجرى الماء في الدار سواء، وإن لم يكن لصاحب المجرى بينة في هذه المسائل، يحلف صاحب الدار وصاحب البستان بالله ليس له فيه حق، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف: يحلف أنه ليس هذا مجرى مائه، والله أعلم.

---

(١) هكذا في ط وكذا في الأصل وب، وم: أحط.

الذي قضي به لصاحبه؛ لأنه ببينته استحق الكل، ولولا بينة صاحبه لقضي له بكل العبد. فإنما حرم كل واحد منهما عن النصف ببينة صاحبه، فصار هو مقضياً عليه من جهة صاحبه، والإنسان متى صار مقضياً عليه في شيء لا يصير مقضياً له في عين ذلك الشيء.

فإن قيل: كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضياً عليه في النصف الذي قضي به لصاحبه، ولم يكن له في ذلك النصف ملك قبل القضاء لصاحبه. قلنا: إن لم يكن فيه ملك، فله حق الملك؛ لأنه أقام البينة أن الكل له، وأنها موجب حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها، فقبل اتصال القضاء بها يوجب حق الملك، وحق الملك معتبر بحقيقة الملك، ولو ثبتت الحقيقة يصير مقضياً عليه، كذا ههنا.

ولو عدلت بينة أحدهما، ولم يعدل بينة الآخر، أو لم يقم الآخر شاهداً أصلاً، أو أقام شاهداً واحداً، فقضي به لمن عدلت بينته، ثم جاء الآخر ببينة عادلة، أو جاء بشاهد آخر عدل، قضي له بالعين، وقبل بينته؛ لأنه لو لم يقبل بينته إنما لم يقبل لصيرورته مقضياً عليه من جهة صاحبه، وهو لم يصر مقضياً عليه من جهة صاحبه؛ لأنه لم يكن له في المقضي به لا حقيقة الملك ولا حق الملك، لانعدام الحجة الموجبة للقضاء، والقضاء على الإنسان بإزالة الاستحقاق الثابت له، فإذا لم يكن الحق ثابتاً له كيف يتصور بإزالته، فعلم أنه لم يصر مقضياً عليه له، فسمع دعواه، وبينته بعد ذلك.

فلو كان كل واحد من المدعيين ادعى أن العين له أودعه من صاحب اليد، وأقام أحدهما البينة، فقبل أن يزكي بينته أقر ذو اليد أن العبد للذي لم يقم البينة أودعه إياه، ودفع القاضي العبد إلى المقر له، ثم زكيت بينة الذي أقامها، وأخذ صاحب البينة العبد من المقر له، ثم إن المقر له أتى ببينة أنه عبده أودعه إياه ذا اليد، قبلت بينته، وقضي له بالعبد؛ لأن المقر له لم يصر مقضياً عليه؛ لأن بينة غير المقر له قامت على ذي اليد لا على المقر له، وجعل المقر له كالوكيل عنه.

فإن قيل: الملك قد ثبت للمقر له بإقرار ذي اليد، وبتصديق المقر له إياه، ثم استحق عليه بالقضاء ببينة المدعي، فيجعل المقر له مقضياً عليه. قلنا: إقرار ذي اليد كان بعد إقامة المدعي البينة على ذي اليد، وعند ظهور عدالة الشهود يثبت الاستحقاق من

وقت الشهادة، فظهر أن إقرار ذي اليد كان باطلاً؛ لأنه ظهر أنه لم يكن مالكًا للعبد، وإذا بطل إقرار ذي اليد بطل تصديق المقر له؛ لأنه بناء عليه، وإذا بطل الإقرار والتصديق صار وجودهما والعدم بمنزلة.

ولو عدما، وبقي المسألة بحالها، كان المقضي عليه الذي كان العبد في يده دون المقر له، كذا ههنا. وكذلك لو أقام المقر له البينة على ما ذكرنا قبل القضاء تقبل بينته، يقضى للمقر له، ويبطل بينة صاحبه؛ لأن بينة المقر له ظهر أن صاحبه أقام البينة على مودع المقر له، وهو ليس بخصم، والبينة القائمة على غير الخصم باطلة.

فإن قيل: بينة المدعي متى قامت على المودع، إنما يبطل إذا المودع غائبًا وقت إقامة البينة، أما إذا كان حاضرًا كانت البينة مقبولة، ويكون إقامة البينة على المودع، والمودع حاضر بمنزلة إقامة البينة على المودع، وههنا المقر له حاضر وقت إقامة المدعي البينة على مودعه، فصار بمنزلة ما لو أقام المدعي البينة على المقر له.

قلنا: المقر له وإن كان حاضرًا وقت إقامة البينة على الذي كان العبد في يده حقيقة، فهو غائب حكمًا؛ لأنه ليس بخصم للمدعي وقت إقامة البينة؛ لأنه لم يكن له في العبد ملك، ولا حق ملك وقت إقامة المدعي البينة. وكذا لم يثبت له زيادة خصوصية بهذا العبد من بين سائر الأجانب، وهو كونه بحال لو أقام شاهدًا يقضى له، فصار غائبًا حكمًا حتى لو كان المقر له أقام شاهدًا واحدًا قبل إقرار ذي اليد له بالعبد، وثبت له زيادة خصوصية بهذا العبد من بين سائر الناس، وهو كونه بحال لو أقام شاهدًا واحدًا يستحق القضاء له حتى كانت خصومة معتبرة وقت إقامة المدعي البينة على مودعه، وكان حاضرًا حقيقة وحكمًا، كانت البينة القائمة على مودع المقر له بمنزلة القائمة على المقر له، فتقبل بينته ويصير المقر له مقضيًا عليه، فلا تسمع بينته بعد ذلك.

فإن قال غير المقر له: أنا أعيد شهودي على المقر له، هل تقبل بينته، فهذا على وجهين: إن كان ذلك بعد ما قضى القاضي ببينة المقر له لا تسمع بينته؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة المقر له، وإن كان ذلك قبل القضاء ببينة المقر له، قبلت بينته؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه، ثم يقضى له بجميع العبد؛ لأنه لما أعاد البينة، فقد أقر أن ذا اليد ادعى الخصومة، ورضي بنفاذ إقراره، واستأنف الخصومة مع المقر له، وله ولاية إبراء المقر

عن الخصومة واستئناف الخصومة مع المقر له؛ لأن ما يدعيه غير المقر له في يد المقر له، فتقررت يد المقر له، واجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد وهو المقر له؛ والدعوى في الملك المطلق، فكانت بينة الخارج أولى -والله أعلم-.

أو أحد الورثة، وأثبت الدين عليه، وقضى القاضي بذلك، كان ذلك قضاءً على الكل.

ولو أقر أحد الورثة بذلك، يلزمه الدين في حصته حتى يستغرق جميع حصته، هكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي» في باب إثبات الدين والحقوق. فهذه إشارة إلى أن بمجرد إقرار بعض الورثة يلزمه كل الدين في نصيبه من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، ألا ترى أنه قال: لو أقر أحد الورثة بذلك يلزمه الدين في حصته حتى يستغرق جميع حصته، ولم يشترط فيه قضاء القاضي، وليس الأمر كذلك، بل يحتاج إلى قضاء للزوم المقر كل الدين في نصيبه، وإليه أشار محمد رحمه الله في «الزيادات» حيث قال: لو أقر الوارثان لرجل بالدين على الميت، ومعهما وارث آخر، فلم يقض القاضي بشيء بحكم إقرارهما حتى شهدا لذلك الرجل على الميت بذلك الدين، قبلت شهادتهما.

ولو قضى القاضي بالدين على المقرين في نصيبهما، ثم شهدا بذلك الدين لذلك الرجل على الميت، لا تقبل شهادتهما؛ لأن في الوجه الأول لم يصيرا دافعين عن أنفسهما بعض ما لزمهما، وفي الوجه الثاني صارا دافعين بعض ما لزمهما، ثم إنما لا يلزم المقر الدين في نصيبه خاصة بمجرد الإقرار قبل قضاء القاضي لوجهين. أحدهما: أن هذا الإقرار في معنى الشهادة؛ لأنه إقرار على الغير، وهو الميت، ثم الشهادة لا تصير موجبة إلا بقضاء القاضي، فكذا الإقرار الذي هو في معنى الشهادة.

والثاني: أنه يحتمل أن رب الدين يجد بينة على ذلك، أو يصدقه بقية الورثة، فلو ألزمناه جميع الدين بإقراره في نصيبه في الحال، فقد ألزمناه ذلك مع الاحتمال، وإنه لا يجوز. وإنما ينقطع هذا الاحتمال، ويلزمه كل المال بقضاء القاضي.

فإن قيل: إذا كان لا يلزم المقر كل الدين في نصيبه بمجرد إقراره، فما طريق يقضي القاضي عليه بكل الدين؟ قلنا: طريقه أن الدين يقضى من أيسر المالين قضاءً، ألا ترى أنه إذا كان في التركة عين ودين، فالدين يقضى من العين دون الدين، ألا ترى أن بعض التركة إذا كان حاضرًا، والبعض غائبًا، فالدين يقضى من الحاضر، وإذا ثبت هذا،

فتصول. أما لو جحد رب الدين للدين بينة، ولم يصدقه باقي الورثة، يأمر القاضي المقر أن يصرف نصيبه نصيب المقر يستوفي عنه بذلك حتى يوفي من نصيبه، وإن كان الدين متعلقًا بكل التركة.

١٦٩٨٢- وفي كتاب الأقضية: رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم، وأن فلانًا أمره أن يدفعها إليه من هذه الألف التي أودعها عنده له، وجحد المودع الأمر بذلك، وأقام المدعي بينة على الأمر وعلى الوديعة والأمر بالدفع، وقضى القاضي عليه، فإنه يكون ذلك قضاء على الغائب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

١٦٩٨٣- رب الدين إذا أقام البينة على أن الورثة باعوا عينًا من التركة، والتركة مستغرقة بالدين، وقالت الورثة: إن أبانا باع هذه العين في حياته، وأخذ الثمن وأقاموا جميعًا البينة، فبينة رب الدين أولى؛ لأن رب الدين بينته[1] يثبت الضمان عليهم وهم يجحدون.

١٦٩٨٤- في فتاوى الفضلي رحمه الله: ادعى بعض الورثة على مورثه دينًا، وصدقه بعض الورثة، وكذبه البعض، قال: يستوفي الدين من نصيب من صدقه بعد أن يطرح نصيب المدعي من ذلك الدين، وقد ذكرنا كثيرًا من مسائل هذا الفصل في كتاب أدب القاضي.

١٦٩٨٥- ادعى على ميت ألف درهم دين، وقضى القاضي له بذلك ببينة أقامها وأخذها، ثم جاء رجل آخر، وادعى على الميت ألف درهم دين، وأنكرت الورثة، وأقر الغريم الأول، فإن ما أخذه الأول يكون بين الأول وبين الثاني، ودعوى الدين على المودع لا يصح بخلاف دعوى الوراثة عليه.

١٦٩٨٦- التركة إذا كانت مستغرقة بالدين، فجاء غريم آخر، وأراد إثبات دينه بالبينة، فإنما يقيم بينته على الوارث، لا على غريم آخر، ولكن لا يحلف الوارث؛ لأن فائدة الحلف النكول الذي هو إقرار، والوارث لو أقر بالدين والتركة مستغرقة بالدين، لا يصح إقراره، ولا يظهر الدين في حق غريم آخر، هذا هو المذكور في سائر الكتب.

(1) هكذا في الأصل وم، وكذا في ط: بينة تثبت الضمان عليهم ... إلخ.

ولم يذكر في شيء من الكتب أنه هل يصح إقرار هذا الوارث في حق نفسه؟ حتى لو ظهر للميت مال آخر يستوفى دين هذا الغريم من نصيب الوارث المقر، وينبغي أن يصح، ولكن لا يعامل بهذه الفائدة الموهومة - والله أعلم -.

الفصل الثامن عشر

في إقرار المدعي ببعض ما قضاه للمدعى عليه أو نفي ذلك عن نفسه وفي دعوى المدعى عليه لنفسه بعض ما قضي به عليه

١٦٩٨٧ - قال محمد رحمه الله في «الأصل»: رجل في يديه دار مبنية، جاء رجل، وأقام بينة أنها داره، وذكر البناء في شهادتهما، أو لم يذكراه، ثم ماتا، أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن البناء، فإن القاضي يقضي بالدار ببنائها للمدعي، أما إذا ذكرا البناء فلا شك فيه، وأما إذا لم يذكروا البناء فلأن البناء مركب في الأرض تركيب قرار، فيدخل تحت ذكر الأرض خصوصاً في ذكر الدار؛ لأن في الغالب يستعمل الدار في مبنى، ثم إذا قضى القاضي للمدعي بالدار ببنائها، وأقر المدعي بعد ذلك، وقال: ليس البناء لي؛ وإنما هو للمدعى عليه، ولم يزل له، أو قال ذلك بعد الشهادة قبل القضاء، فإن هذا إكذاب للشاهد، وبطلت الشهادة والقضاء في البناء والدار جميعاً. وإن قال: البناء للمدعى عليه، فهذا ليس بإكذاب لشهوده، هكذا ذكر المسألة في «الأقضية».

وذكر في آخر شهادات «الأصل»: أن الشهود إذا ذكروا البناء في شهادتهم، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم أقر المدعي بعد ذلك بالبناء للمدعى عليه، كان ذلك إكذاباً بالشهود، وبطلت الشهادة والقضاء، وإن لم يذكروا البناء في شهادتهم، وقضى لهم بالدار والبناء، ثم أقر بالبناء للمدعى عليه، لا يكون ذلك إكذاباً لشهوده.

وجه الفرق على رواية شهادات «الأصل»: أن البناء إذا لم يكن منصوصاً في الشهادة، فالقضاء بالبناء ما كان لكونه مشهوداً به، بل تبعاً للأرض؛ لأن حكم الأصل يثبت في التبع إلا إذا وجد دليل يوجب قطع التبعية، وقد أقر المدعي بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه، فهذا إقرار حجة قطعه عن التبعية، وصحة إقراره في ذلك لا أن يكون إكذاباً لتلك الشهادة، فأما إذا كان البناء منصوصاً به في الشهادة فالقضاء بالبناء لكونه مشهوداً به، فالإقرار بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه يكون إكذاباً للشهود، فيوجب بطلان الشهادة.

ووجه التسوية على رواية كتاب الأقضية: أن مطلق اسم الدار في الغالب من كلام الناس وفي عاداتهم يستعمل بإزاء الأرض والبناء، والشرع يشهد لذلك حتى إن من حلف لا يدخل داراً، فدخل صحراء كانت داراً وقت يمينه بعد ما لا يحنث، والثابت باعتبار العادة بدلالة الاستعمال كالثابت بمطلق اللفظ حقيقة، فاستوى ذكر البناء وعدمه. ثم على رواية كتاب الأقضية: فرق بين ما إذا قال المقضي له: ليس البناء لي، وإنما هو للمدعى عليه، وبينما إذا قال: البناء للمدعى عليه يوم شهادة الشهود، أو قال: لم يزل ملكاً للمقضي عليه، لم يجعل الإقرار الأول تكذيباً للشهود، وجعل الثاني والثالث تكذيباً. وعلى رواية كتاب الشهادات لم يفصل، وجعل مطلق الإقرار بالبناء للمدعى عليه تكذيباً للشهود إذا كان البناء مذكوراً في الشهادة.

وجه ما ذكر في الشهادات: أن مطلق الإقرار بالبناء للمقضي عليه يناقض شهادة الشهود للمدعي بالبناء، والإكذاب في حكم المناقضة. وجه ما ذكر في الأقضية أن قوله: البناء ليس لي، وإنما هو للمدعى عليه، كلام محتمل، يحتمل أن المدعى عليه لأنه كان له يوم شهد الشهود، فيكون إكذاباً للشهود، ويحتمل أنه له؛ لأنه ملكه من جهتي بعد ما شهد الشهود، فلا يكون إكذاباً بالاحتمال، ولا كذلك قوله: كان البناء له يوم شهد الشهود، لم يزل ملكاً له.

هذا إذا أقر المقضي له بعد القضاء له أن البناء ليس له، وأنه للمقضي عليه، ولو أن المقضي له لم يقر بذلك، لكن المقضي عليه ادعى البناء لنفسه، فعلى رواية كتاب الأقضية: لا يسمع دعواه، ولا تسمع بينته، ذكر الشهود البناء في شهادتهم أو لم يذكروا. وعلى رواية كتاب الشهادات تسمع دعوى المقضي عليه إذا ادعى البناء لنفسه إن لم يذكر الشهود البناء في شهادتهم، وإن ذكروا لم تسمع دعواه.

١٠٩٨٨: وفي المنتقى: وفي الإملاء عن محمد رحمه الله: رجل ادعى داراً في يدي رجل، وأنكر الذي في يديه الدار حق المدعي، فشهد للمدعي شاهدان أن الدار داره، ولم يزيدوا على ذلك، فلما زكوا قال المدعى عليه: البناء لي، أنا بنيته، وأراد أن يقيم البينة على ذلك، قال: إن كان شهود المدعي حضوراً، فالقاضي يسألهم عن البناء، فإن قالوا: البناء للمدعي مع الدار، فالقاضي لا يلتفت إلى قول المدعى عليه، وإن

له، فهذا بمنزلة شهادتهم بالدار إذا لم يفسّروا، فالقاضي يقضي بالأرض، ويتبعها النخيل والشجر من غير أن يكون ذلك شهادة بالنخيل والشجر حتى لو رجعوا بعد ذلك عن النخيل والشجر، ضمنوا قيمة النخيل والشجر، ولو أنهم حين شهدوا قالوا: لا علم لنا بالنخيل والشجر، ثم رجعوا عن النخيل والشجر، فلا ضمان عليهم في النخيل والشجر.

وكذلك إذا شهدوا أن هذا الخاتم لفلان، ولم يذكروا الفصّ، أو شهدوا أن هذا السيف لفلان، ولم يذكروا الحلية، فالقاضي يقضي بالسيف وبالحلية وبالخاتم والفص لفلان من غير أن يكون الفص والحلية مشهوداً به حتى لو أقام المشهود عليه بينة أن البناء والفص والحلية له، قبلت شهادتهم كان القاضي قضى بذلك للمدعي أو لم يقض.

١٦٩٨٩ - وفيه أيضاً: إذا شهد الشهود على رجل بجارية في يديه أنها لهذا المدعي، وقضى القاضي له بها، ثم غاب الشاهدان، أو ماتا وظهر للجارية ولد في يد المشهود عليه، لم يرَ الشهود أخذه المدعي.

وكذلك لو كان الولد ظاهراً، وشهد الشهود بالجارية للمدعي، ولم يتعرضوا للولد، فالقاضي يقضي للمدعي بالجارية وبالولد، فإن قال الذي في يديه الجارية: أنا أقيم بينة على أن الولد لي، لم يلتفت إلى بينته، ويقضي بالجارية وولدها للمدعي، وإذا قضى القاضي بذلك، ثم حضر الشهود، وقالوا: لم يكن الولد للمدعي، وإنه كان للمدعي عليه، فالقاضي لا يقضي بالولد للمدعي عليه، وإن أقام البينة على الولد، ولو كان الشهود حضوراً، وسألهم القاضي عن الولد قبل القضاء، فقالوا: هو للمدعي عليه، أو قالوا: لا ندري لمن هو؟ فالقاضي لا يقضي في الولد بشيء، ويقضي بالجارية للمدعي.

قال: ولا يشبه الولد في هذا الوجه البناء، وعلل فقال: لأن البناء موصول بالدار، فقد أشار إلى أن شهود المدعي في مسألة الدار إذا قالوا وقت الشهادة بالدار: لا ندري لمن البناء، إنه يقضي بالبناء لمدعي الدار.

وإذا شهد الرجل بجارية في يدي رجل أنها له، وقضى له بها، ثم غاب الشاهدان، وظهر للجارية ولد في يد المشهود عليه، لم يره الشهود، وأخذ المدعي

الولد، ثم رجع الشهود عن شهادتهم، ضمنوا قيمة الأم والولد، قال: لأن الولد بمنزلة الأم.

وكذلك لو كان الولد ظاهراً، وشهدوا بالأم، ولم يتعرضوا للولد، ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا قيمة الأم والولد، وإن قالوا: الأم لهذا، والولد عبد للذي في يديه، فهو كما قالوا، قال ابن سماعة في "نوادره": قلت لمحمد رحمه الله أولاً: يسألهم عن أي وجه صار الولد عبداً له، قال: نعم، فإن أبوا أن يخبروا قبلت شهادتهم.

١٦٩٩٠- هشام في "نوادره" عن محمد: أنه قال: سمعت أبا يوسف يقول: إذا كان في يدي رجل أمة وابنة هذه الأمة في يدي رجل آخر، أقام رجل بينة أن هذه أمته، وأخذها، لم يكن له على الابنة سبيل، ولو أقام البينة على نخل في يدي رجل أنه نخله، وثمرة هذا النخل في يدي رجل آخر، أخذ الثمرة والنخيل، قال: ولا يشبه الثمر الولد، ألا ترى أنه لو أوصى بغلة نخله عشر سنين جاز، ولو أوصى بما تضع شاته عشر سنين لم يجز.

١٦٩٩١- قال هشام: سألت محمداً عن أرض مزروعة حنطة أقام آخر بينة أن الأرض له، وقال الشهود: لا ندري من زرع؟ قال: إذا لم يعلم الزارع، فالزرع يتبع الأرض. قلت: فإن أقام الذي في يديه الأرض بينة أنه هو الذي زرع، قال: أجعل الزرع له، قلت: فإن كان الزرع محصوداً أو كدساً والشهود لم يشهدوا بالزرع لأحد، قال: الزرع لمن في يده الأرض -والله أعلم-.

الفصل التاسع عشر
في بيان ما يقع به التناقض في الدعوى وما لا يقع

١٦٩٩٢- ادعى عيناً في يدي رجل أنه له، ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه، وأقام البينة على ذلك، قبلت بينته، ولا يصير متناقضاً. ولو ادعى لفلان وكله بالخصومة فيه أولاً، ثم ادعى أنه له، وأقام البينة على ذلك، يصير متناقضاً، ولا تقبل بينته إلا أن يوفق، فيقول: كان لفلان وكلني بالخصومة فيه، ثم اشتريته منه بعد ذلك، وأقام على ذلك بينة، فحينئذ تقبل بينته، هكذا ذكر المسألة في "الأصل"، وقد ذكرنا وجه الفرق في كتاب الشهادات من هذا الأصل.

قال في "الأصل" أيضاً: ولو ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة فيه، لا تقبل بينته، ويصير متناقضاً إلا أن يوفق. قال فيه أيضاً: والدين في هذا نظير العين، حتى لو ادعى على رجل دين ألف درهم في صك جاء به باسمه، ثم ادعى أن ذلك المال، وذلك الصك بعينه لفلان وكله بالخصومة فيه، قبلت بينته، فلا يصير متناقضاً.

١٦٩٩٣- أحد الورثة إذا أقر أن هذا المحدود ميراث عن أبينا، ثم ادعى أنه وصية عن أبي لابني فلان، وأقام البينة، قبلت بينته، ولا يصير متناقضاً؛ لأن الكل ميراث، والميراث متروك الميت، والكل متروك الميت.

١٦٩٩٤- المستأجر من آخر محدوداً داراً إجارة طويلة مرسومة، وآجره من غيره مقاطعة، وأقر المستأجر الثاني بالقبض، ثم إن المستأجر الأول مع المستأجر الثاني فسخا الإجارة الثانية بينهما، وطالب المستأجر الأول المستأجر الثاني بمال المقاطعة، فقال المستأجر الثاني: إن هذا المحدود كان للأجر الأول من يوم الإجارة الثانية إلى هذا اليوم، ولم يجب علي مال المقاطعة، وأقام البينة، فقد قيل: تصح دعواه، وتقبل بينته على ذلك، كأنه قال: غصبت مني الأجر الأول، ولكن هذا بعيد، والصحيح أنه لا يصح دعواه، ولا تقبل بينته، لمكان التناقض.

ولو أقام المستأجر الأول بينة على أن الثاني قد قبض المستأجر، وأقام الثاني بينة على أنها كانت في يد الأول تمام المدة، فبينة الأول أولى؛ لأنه يثبت الأجرة في ذمة الثاني ببينته، والثاني ببينته ينفي ذلك.

٦٦٩٩٥ - إذا استحق العبد من يد المشتري، وقضى القاضي بالعبد للمستحق، فأراد المشتري أن يرجع على بائعه، فادعى البائع أنه نتج عنده، ولم يمكنه إثباته، ورجع المشتري عليه بالثمن بقضاء القاضي، فأراد البائع أن يرجع على بائعه بالثمن، وصدقه بائعه بالشراء منه، له أن يرجع على بائعه، وإن زعم أن العبد نتج عنده، فيكون دعوى المشتري[1] من غيره تناقضاً منه إلا أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم، ولأن القاضي لما قضى عليه بالثمن للمستحق، فقد كذبه فيما زعم من نتاج العبد عنده، والتحق دعوى النتاج بالعدم، وكذلك لو أنكر بائعه الشراء منه، وأقام بينة هو على الشراء منه، رجع عليه بالثمن وإن صار متناقضاً لما زعم أن العبد نتج عنده؛ لأنه صار مكذباً فيما زعم على ما ذكرنا.

٦٦٩٩٦ - سئل[2] الشيخ الإمام الأجل نجم الدين النسفي عن رجل ادعى على رجل دنانير الدراهم أو الدنانير، فقال المدعى عليه: قد قبضتها في سوق سمرقند، وطلب منه البينة، فلم يجد بينة على ذلك، ثم ادعى أنه قبضه بعد ذلك في قرية كذا، أو أقام على ذلك بينة، هل يكون تناقضاً؟ وهل يبطل دعواه؟ قال: لا يبطل دعواه إذا وفق، ولم يبين وجه التوفيق، ووجه ذلك أن يقول: قبضتها في سوق سمرقند كما ادعيت أولاً، فجحد في القضاء، وعجزت عن إثباته بالبينة، فقبضتها ثانياً في قرية كذا، وقيل على الرواية التي لا يشترط[3] التوفيق ويكتفي بإمكان التوفيق ينبغي أن لا تبطل دعواه، ويقبل ذلك بينة من غير توفيق.

٦٦٩٩٧ - إذا ادعى رجل داراً في يدي رجل أنها داره، ورثها من أخيه، ثم ادعى أنه اشتراها من أخيه في حياته وصحته، فأقام على ذلك بينة، لا تقبل بينته، ومثله لو

(١) وفي الأصل: «الشري».

(٢) هكذا في م، وكان في الأصل وظ و ب: «في مكان: سئل».

(٣) هكذا في م والأصل، وفي ظ و ب: «لا شترط».

ادعى الشراء أولاً من أخيه في حياته وصحته، ثم ادعى الإرث، وأقام على ذلك بينة، تقبل بينته؛ لأن في الفصل الأول التوفيق بين الكلامين غير ممكن، فيثبت التناقض، وفي الفصل الثاني التوفيق بين الكلامين ممكن، فلا يثبت التناقض إذا قال المدعى عليه الدين: أي مبلغ مال كه دعوى مى كنى بتو رسانيده ام، ثم قال: فلان حواله كرده بودم واو رسانيده است، فقد قيل: لا تسمع هذه المقالة الثانية لمكان التناقض، وقيل: تسمع ولا تناقض؛ لأن إيفاء المحتال عليه إيفاء المحيل معنى، ألا ترى من حلف ليعطين فلاناً حقه، فأحاله على غيره، وقبض من المحتال عليه، برئ الحالف في يمينه. وكذلك لو حلف لا يعطي فلاناً حقه، فأحاله على غيره، وقبضه المحتال له، حنث في يمينه، وجعل إعطاء المحتال عليه بأمر المحيل إعطاء المحيل معنى.

١٦٩٩٨- في «مجموع النوازل»: سئل نجم الدين النسفي عن رجل ادعى ديناً في تركة ميت، وصدقه الوارث في ذلك، وضمن له إيفاء الدين، ثم ادعى هذا الوارث بعد ذلك أن الميت قد كان قضى المال في حياته، وأراد إثبات ذلك بالبينة، قال: لا يصح دعواه، ولا تسمع بينته، وهذا ظاهر؛ لأنه متناقض؛ لأنه أقر بوجوب المال أولاً، وبدعوى القضاء يدعي أنه غير واجب، وهذا تناقض ظاهر.

١٦٩٩٩- سئل هو أيضاً عن رجل خلع امرأته، وقال في ذلك المجلس: مرا در اين خانه هيچ چيز نيست، ثم ادعى عليها أشياء من الأقمشة التي في ذلك البيت، هل يصح دعواه؟ قال: إن كان قال: هذه الأقمشة كانت في البيت وقت الخلع لا يصح دعواه لمكان التناقض، وهذا ظاهر، وإن كان لم يكن هذه الأشياء في ذلك البيت وقت الخلع، يصح دعواه، وعندي أن فيما إذا أنكر الزوج كون هذه الأشياء في البيت وقت الخلع، يجب أن يكون الجواب على التفصيل، إن كان دعوى الأقمشة بعد إقرار الزوج مرا درين خانه هيچ چيز نيست في مدة لا يمكن إدخال تلك الأشياء في البيت في تلك المدة، لا يصح دعواه؛ لأنا تيقنا بكون هذه الأشياء في البيت وقت الخلع إذا كانت الحالة هذه، وإن كان في دعوى الأقمشة بعد إقراره ذلك في مدة يمكنه إدخال تلك الأشياء في البيت في تلك المدة، يصح دعواه؛ لأنا لم نتيقن بكون هذه الأشياء في البيت وقت الخلع إذا كانت الحالة هذه. وجنس هذه المسألة في شهادات «الجامع» من شرحي.

دعواه، هكذا ذكر في دعوى أجناس الناطفي[١].

والفرق: أن الملك القديم يجوز أن يصير ملكًا حادثًا؛ لأن المملوك أول من أمس يجوز أن يصير مملوكًا أمس ملكًا حادثًا بسبب حادث، بأن يبيعه ثم يشتريه، فالتوفيق بين الدعويين ممكن، فيصح الدعوى الثاني، فأما الملك الحادث لا يجوز أن يصير ملكًا قديمًا؛ لأن المملوك أمس لا يتصور أن يكون مملوكًا أول من أمس، فالتوفيق بين الدعويين غير ممكن، فلا يصح دعواه الثاني.

ولو ادعى النتاج أولاً في دابة ثم ادعاها بعد ذلك بسبب[٢] عند ذلك القاضي، ينبغي أن لا يصح دعواه الثاني، بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق أولاً، ثم ادعاه بعد ذلك بسبب عند ذلك القاضي.

والفرق: أن دعوى النتاج على ذي اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته؛ إذ لا يتصور التملك بالنتاج من جهة غيره، ألا ترى أنه لو كان ادعى أن هذه الدابة ملكه بالنتاج من جهة ذي اليد، لم تكن دعواه صحيحة، فلا يمكن أن يجعل كلامه الثاني بيانًا لكلامه الأول، بل يكون كلامًا آخر مخالفًا لكلامه، فيصير متناقضًا، أما دعوى الملك المطلق على ذي اليد يحتمل دعوى ملك حادث من جهة ذي اليد، فأمكن أن يجعل كلامه الثاني بيانًا لكلامه الأول، والبيان يقرر الكلام، ولا يناقض.

وإذا قال عند غير القاضي: هذا العين ملكي بسبب الشراء من فلان، أو قال: بسبب الإرث من فلان، ثم ادعى ذلك العين عند قاضي من القضاة ملكًا مطلقًا، فالقاضي لا يسمع دعواه إذا ثبت عنده، أنه قد قال قبل هذا: إن هذا العين ملكي بسبب كذا، وهذا إذا كان ادعى الشراء من رجل معلوم، بأن ذكر اسم ذلك الرجل واسم أبيه واسم جده، أو ما أشبه ذلك من الأسباب التي يقع بها التعريف. فأما إذا كان ادعى الشراء من رجل مجهول، بأن قال: اشتريته من محمد، ولم يزد عليه، ثم ادعاه بعد ذلك عند القاضي ملكًا مطلقًا، فالقاضي يسمع دعواه، وإن ثبت عند القاضي أنه قد قال قبل هذا: إن هذا العين ملكي بسبب كذا.

---

(١) وم ر الأصل: أجناس الناطفي: وهي الصورة، وعليه الفتوى.

(٢) هكذا في ظ، م، وكان في الأصل، ب: ثم ادعاها ملكًا مطلقًا عند ذلك القاضي... إلخ.

والفرق : أنه إذا ادعى الشراء من غيره ، فقد أقر بالملك لذلك الغير ؛ لأن كل مشتر مقر لبائعه فيما اشترى منه ، وقد صح هذا الإقرار منه إذا كان البائع معلوماً ؛ لأنه إقرار بالمعلوم للمعلوم ، فيثبت به الملك لفلان بإقراره ، وبعد ما يثبت الملك لفلان لا يمكنه إثباته لنفسه إلا بسبب يوجب الانتقال ، ودعوى الملك المطلق بعد ذلك لا يتعرض لسبب الانتقال ، فلا يثبت به الانتقال ، وهو المحتاج إليه ، وفيما إذا كان البائع مجهولاً لم يصح منه هذا الإقرار ؛ لأن الإقرار للمجهول لا يصح ، فصار كأنه لم يدّع الشراء أصلاً ، وهناك يسمع منه دعوى الملك المطلق ، فههنا كذلك ، وإذا ادعى داراً في يدي رجل ملكاً بسبب الشراء ، وظهر أن الدار المدعى به يوم الدعوى لم تكن في يد المدعى عليه ، بل كانت في يد غيره ، ثم هذا المدعي ادعى هذه الدار في مجلس آخر على صاحب اليد ملكاً مطلقاً ، فقد قيل : يسمع دعواه ؛ لأن الدعوى الأول وقع باطلاً ، فصار وجوده ، والعدم بمنزلة ، وقيل : لا تسمع دعواه ، وهو الصحيح ؛ لأن بدعوى الأول ادعى استحقاق الدار لنفسه بسبب ، وهذا أمر له ، وأقر أنه ليس حق دعوى الدار بعد ذلك لنفسه ملكاً مطلقاً ، وهذا أمر عليه ، فإن لم يعتبر دعواه الأول في حق إثبات استحقاق الدار لنفسه ، يعتبر في حق بطلان دعواه الملك المطلق لنفسه بعد ذلك .

توضيحه : أن دعواه الدار على غير صاحب اليد بسبب كذا لا يكون أدنى حالاً من إقراره أن الدار بسبب كذا عند غير صاحب اليد ، وذلك يبطل دعواه الدار ملكاً مطلقاً بعد ذلك ، فكذلك دعواه .

١٧٠٠٤ - سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عمن ادعى نصف دار معين في يدي رجل ، ثم ادعاه بعد ذلك جميعاً ، قال : لا يسمع دعواه ، ولو كان على العكس يسمع دعواه ، والصواب أنه يسمع في الوجهين جميعاً ، إلا إذا كان قال وقت دعوى النصف : لا حق لي فيها سوى النصف ، فحينئذ لا يسمع دعواه جميعها لمكان التناقض ، وبدونه لا تناقض ، فيصح الدعوى .

١٧٠٠٥ - وذكر في آخر بيوع "الزيادات" : رجل اشترى من رجل عبداً ، ثم إن البائع ادعى أنه كان فضولياً في هذا البيع ، وأراد استرداد العبد من يد المشتري ، وأنكر المشتري ذلك ، أو ادعى المشتري أن البائع كان فضولياً في هذا البيع ، وأراد رد العبد

واسترداد الثمن ، لا يصح دعواه ؛ لأن إقدامه على هذا العقد إقرار منه بصحة هذا العقد ونفاذه ، وذلك بأنه مالك له أو بالأمر من المالك ، فالذي يدعي كونه فضولياً في البيع ينكر نفاذه بعد ما أقر به ، وإنه تناقض ظاهر ، وإن أراد أن يقيم بينة على ما ادعى من كونه فضولياً في البيع ، لا تسمع بينته ، وكذلك لو لم يكن له بينة وأراد أن يحلف صاحبه على ما ادعى من كونه فضولياً في البيع ، ليس له ذلك ؛ لأن سماع البينة والتحليف يترتب على صحة الدعوى ، وهذه الدعوى لم تصح ههنا لمكان التناقض.

١٧٠٠٦ - ذكر في "المأذون الكبير": العبد المأذون إذا اشترى عبداً وقبضه ، ثم أقر أن هذا العبد الذي اشتراه من فلان قد كان فلان أعتقه قبل أن يبيعه منه ، فاشتراه وهو حر ، وأنكر البائع ذلك ، فإن العبد مملوك له على حاله ، ولا يصدق المأذون فيما أقر به على البائع ؛ لأن المشتري من البائع لو كان حراً ، وأقر بمثل ما أقر به المأذون ، لا يصدق فيه إذا أقر به على البائع ، فكذا إذا كان المشتري مأذوناً ، إلا أن المشتري إذا كان حراً ، فالعبد يعتق عليه بحكم إقراره ، وإذا كان عبداً مأذوناً ، فالعبد لا يعتق عليه ؛ لأن هذا إقرار بحرية طارئة بعد الرق ، وإنه صحيح من الحر غير صحيح من العبد المأذون.

ولو كان العبد المأذون لم يقر بذلك ، ولكن أقر أن البائع كان باع هذا العبد من فلان قبل أن يبيعه[1] مني ، وصدقه فلان في ذلك وكذبه البائع ، فإن المأذون لا يصدق فيما ادعى على البائع حتى لا يسترد الثمن من البائع ، ويصدق في حق نفسه حتى يؤمر بدفع العبد إلى فلان ؛ لأن المأذون أقر بعين في يده أنه لأجنبي ، وإقرار المأذون بذلك صحيح في حق نفسه.

وإن أقر البائع بما ادعاه المأذون ، رجع المأذون على البائع بالثمن ، وكذلك لو أقام المأذون البينة على ما ادعى على البائع أو حلف المأذون البائع على ما ادعى ونكل ، رجع المأذون على البائع بالثمن ، فقد جمع محمد رحمه الله بين ثلاثة فصول: إقرار البائع بما ادعى المأذون ، وإقامة المأذون البينة على البائع ، وتحليف المأذون البائع على ما ادعاه ، وأجاب في الكل أن المأذون يرجع على البائع بالثمن ، وهذا الجواب ظاهر في فصل الإقرار ؛ لأن أكثر ما في الباب أن دعوى المأذون لا يصح ، لمكان التناقض ، وصار من

---

(١) هكذا في ظ و م ، وكان في الأصل: "أن يعتقه".

حيث التقدير كأنه لم يدع، فإقرار البائع يصح؛ لأن الدعوى ليس بشرط لصحة الإقرار، وإذا صح إقرار البائع لزمه رد الثمن؛ لأن المبيع لم يسلم للمأذون من جهة البائع بزعمه، والمأذون صدقه في ذلك، فكان له أن يرجع بالثمن.

أما مشكل في فصل إقامة البينة وفي تحليف البائع، وكان ينبغي أن لا يسمع البينة من المأذون على ما ادعى، ولا يكون له حق تحليف البائع على ما ادعى؛ لأن سماع البينة يترتب على دعوى صحيحة، وكذا حق التحليف يترتب على دعوى صحيحة، وهذا الدعوى من المأذون لم تصح؛ لمكان التناقض؛ لأنه يدعي أن البائع بيع منه المغصوب، وإقدامه على الشراء إقرار منه أن المشتري ليس بمغصوب، فهو معنى قولنا: إن المأذون متناقض في هذه الدعوى، والتقريب ما ذكرنا.

وقد وضع محمد رحمه الله هذه المسألة في "الزيادات" وفي "الجامع الصغير"(١)، وذكر أن المشتري لو أقام البينة على ما ادعى من بيع البائع المبيع من غيره قبل أن يبيعه منه، لا يسمع دعواه، ولو أراد أن يحلف البائع على ذلك، ليس له ذلك؛ لأن دعواه لم يصح لمكان التناقض على ما ذكرنا، فلا يترتب عليه سماع البينة والتحليف. فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر في المأذون، ومنهم من صححه، واختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: في المسألة روايتان، على رواية "الزيادات" و"الجامع" لا يسمع البينة، ولا يحلف على البائع، وعلى رواية المأذون يسمع البينة ويحلف البائع.

وجه ما ذكر في المأذون أن التناقض ثابت من حيث الظاهر، لا من حيث النص، فإن المشتري لم يقر نصًا أن البائع ليس بغاصب، وإنما أثبتنا هذا الإقرار من حيث الظاهر، فإن الظاهر أن العاقل المسلم لا يشتري من الغاصب، والظاهر يصلح حجة للدفع، لا للإبطال، فلم يجز إبطال بينة المشتري بالمناقضة الثابتة من حيث الظاهر، فكانت البينة مقبولة، واليمين مستحقة حتى لو أقر المشتري نصًا أن البائع ليس بغاصب، وأنه بسبيل من بيعه، ثم ادعى أنه كان غصبًا، ولم يكن بسبيل من بيعه، لم يصح دعواه، ولم يسمع بينته على الروايات كلها، وقال بعضهم: ما ذكر في "الزيادات" و"الجامع" قياس، وما ذكر في المأذون استحسان.

---

(١) هكذا في ظ ف م، وكان في الأصل: أن بعقبه.

١٧٠٠٧ - وفي "الأجناس": مشتري الأرض إذا أقر أن الأرض المشتراة مقبرة أو مسجد، وأنفذ القاضي إقراره بحضرة من يخاصمه، ثم أقام المشتري البينة على البائع ليرجع بالثمن عليه، قبلت بينته.

١٧٠٠٨ - وفي "فتاوى أبي الليث": دار في يدي رجل ادعى أخوه شركة فيها من جهة أمهما وبناها من أبيهما فلان، فقال الذي في يديه الدار: ما كان لأبي في هذه الدار حق، أو قال: ما كانت هذه الدار لأبي، ثم إنه أقام البينة أنه كان اشترى هذه الدار من أبيه في حياته وصحته، قبلت بينته؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن، فإنه يمكنه أن يقول: لم يكن لأبي وقت الموت، ولم يصر ميراثًا بيننا؛ لأنه قد كان باعها مني قبل ذلك، ولو قال: لم يكن لأبي فيها قط، أو قال: لم يكن لأبي فيها حق قط، ثم ادعى الشراء بعد ذلك من أبيه، لم يسمع دعواه، ولم تقبل بينته؛ لأن التوفيق ههنا غير ممكن.

وإن ادعى إقرار الأب في هذه الصورة بعد ذلك، تسمع دعواه؛ لأن التوفيق بين دعوى إقرار الأب بالدار، وبين ما تقدم من مقالته: إنها لم يكن لأبيه ممكن؛ لأنه يمكنه أن يقول: ما كانت لأبي؛ لأنها كانت لي، وقد أقر لي بها، وإقرار الإنسان بالعين لغيره إذا لم يكن مملوكًا صحيح.

١٧٠٠٩ - وفيه أيضًا: رجل اشترى كرمًا من امرأة، وادعى ابنها وهو غير بالغ أن هذا الكرم له ورثه من أبيه، وصدقته الأم، وزعمت أنها كانت وصية بجهة صحيحة يوم البيع، وقد كانت أقرت يوم البيع أنها كانت وصية من جهة أبيه، قال: دعوى الابن باطل إلا أن يكون مأذونًا في التجارة، أو مأذونًا في الخصومة من جهة من له عليه ولاية، وتصدق المرأة على نفسها، فتضمن قيمة ما باعته، ولا يصدق على المشتري، ووجوب الضمان عليها قولهما، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ما مر قبل هذا أن في وجوب ضمان العقار بالبيع والتسليم روايتان عن أبي حنيفة.

١٧٠١٠ - رجل مات وترك ابنين وبنتين، فادعى أحد الابنين مع إحدى البنتين أن أباهما باع هذه الدار منا في حال صغرنا، وأبرأنا من الثمن، واليوم هذه الدار ملكنا أثلاثًا، تلك فلان وثلثاها لنا، فقد قيل: لا يصح هذه الدعوى؛ لأن قولهما في الابتداء باع هذه الدار منا يوجب التسوية بينهما، وقد صرحا بالثلثة في الانتهاء، ولكن هذا بعيد؛

لأن قولهما في الابتداء باع هذه الدار يحتمل الثالثة، ألا ترى أن من قال لرجلين: بعت منكما هذا العين على أن ثلثه لهذا، وثلثه بالثالثة في الأشهاد، تعين ما احتملته ابتداء الكلام، وإنه لا يوجب تناقضًا، ولكن ينبغي أن يبين أن البيع كان في حالة الصحة، وبدونه لا تسمع دعواهما؛ لأن البيع من الوارث في مرض موت المورث لا يصح عند أبي حنيفة أصلا.

١٧٠٦١ - ادعت امرأة مهر المثل، ثم ادعت بعد ذلك المسمى، يسمع دعواها الثاني، ولو ادعت المسمى أولا، ثم ادعت مهر المثل لا يسمع دعواها الثاني؛ لأن في الوجه الأول الجمع بين الدعويين ممكن، ولا كذلك في الوجه الثاني.

١٧٠٦٢ - في "مجموع النوازل": رجل ادعى على رجل عند القاضي أنه غصب منه غلامًا تركيًا، وبين صفته، وطلب إحضاره ليدعيه، ويقيم عليه الحجة، فأحضر المدعى عليه غلامًا بعض صفاته يخالف بعض ما وصفه المدعي، فادعى المدعي هذا العبد، وقال: هذا العبد ملكي، وأقام عليه البينة، سمع دعواه، وقبل منه البينة، هكذا ذكر، وهذا الجواب مستقيم فيما إذا قال: هذا العبد ملكي، ولم يزد عليه، ويجعل كأنه أنشأ، وكذلك هذا الجواب مستقيم أيضًا فيما إذا قال: هذا العبد ملكي أيضًا، ويصير مدعيًا عبدين، وأما إذا قال: هذا العبد هو العبد الذي ادعيته أولا، لا يسمع دعواه لمكان التناقض.

١٧٠٦٣ - وإذا ادعى رجل على غيره أنه أخوه، وادعى عليه النفقة، فقال المدعى عليه: هو ليس بأخي، ثم مات المدعي، فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه، وقال: هو أخي، لا يعتبر ذلك منه، ولا يقضى له بالميراث. ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوة، أو دعوى الأبوة، وباقي المسألة بحالها، يقبل ذلك منه، ويقضى له بالميراث.

والفرق أن دعوى الأخوة وأشباهها والإقرار بها العبرة لدعوى المال، ألا ترى أن من أقر أن فلانًا أخوه، ولا يدعي عليه مالا بسبب هذه الدعوى، لا تصح دعوته، فعلم أن العبرة في الإقرار بالأخوة وأشباهها، وفي دعوتها وأشباهها في دعوى المال، والتناقض في دعوى المال مانع صحة الدعوى.

أما في دعوى البنوة والأبوة والإقرار بهما لا عبرة لدعوى المال، بل هي مجرد

دعوى النسب، والتناقض في دعوى النسب غير مانع صحة الدعوى.

١٧٠١٤ - إذا ادعى المديون القضاء، وأنكر رب الدين ذلك، وحلف، ثم إن المديون صالح رب الدين عن ذلك على شيء، ثم أقام البينة أنه كان قد قضاه الدين، هل تسمع بينته؟ اختلف المشايخ فيه، وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على القبول، وصورتها: رجل استعار من آخر دابة، وهلكت الدابة تحت يد المستعير، وأنكر رب الدابة الإعارة، وصالحه المستعير على مال، جاز، فإن أقام المستعير بعد ذلك بينة على العارية، وقال: إنها نفقت قبلت بينته، ولو أراد استحلاف المعير، فله ذلك، وعندي أن الجواب في مسألة الدين على التفصيل، إن صالحه عن الدين لا يقبل منه دعوى القضاء، لمكان التناقض؛ لأن الصلح عن الدين إقرار بقيام الدين وقت الصلح، وأنه مناقض دعوى القضاء قبل ذلك، وإن صالحه عن دعوى الدين، يقبل دعوى القضاء؛ لأنه لا تناقض ههنا.

١٧٠١٥ - وفي «المنتقى»: رجل له على رجل ألف درهم، فقال المدعى عليه: قد كان لك علي ألف درهم قبل، وقد ادعيت هذه الألف أمس، فدفعتها إليك، فقال المدعي: ما قبضت منك شيئًا، وإن لي عليك ألف درهم، فصالحه من دعواه على خمسمائة درهم، ثم إن المدعى عليه جاء ببينة، فشهدت الشهود أنهم رأوا المدعى عليه دفع إلى المدعي أمس ألف درهم، لم ألتفت إلى هذه الشهادة؛ لأن هذا إنما اشترى يمينه به.

ولو أن المدعى عليه قال للمدعي حين ادعى: صدقت قد كان لك علي ألف درهم، لكني قد قضيتكها أمس، وقال المدعي: ما قضيتني شيئًا، فدفع الألف إليه، أو صالحه على خمسمائة، ثم شهد الشهود للمدعى عليه أنه دفع إليه الألف بالأمس، كان له أن يرجع عليه بما أعطاه، والصلح باطل.

١٧٠١٦ - وفي «دعوى المنتقى»: رجل ادعى دارًا في يدي رجل، وهو يجحد، فقال المدعي للقاضي: هذه داري، وشهودي عنها غُيَّب، فاسأله أن يبيعها مني، فسأله القاضي، فأبى أن يبيعه، فالمدعي على دعواه، هكذا حكاه عن محمد رحمه الله، فلم يجعل طلب المدعي من القاضي سؤال البيع من المدعى عليه تناقضًا في دعوى رقبة الدار

بعد ذلك ، وأشار إلى المعنى ، فقال : لأنه فسّر ذلك ، وقاسها على مسألة ذكرت في شفعة "المنتقى"[1] ، صورتها : رجل باع دارًا في جوار رجل هو شفيعها ، والشفيع يزعم أن الدار المبيعة له ، فقال الشفيع للقاضي : هذه داري أنا أدعي رقبتها ، لا تبطل شفعتها لدعواه الرقبة أن في مسألة الشفعة في "المنتقى" ذكرت في موضعين في باب واحد في أول الباب ذكرت على نحو ما ذكرنا ، وفي آخر الباب : ذكرت أن بدعوى الرقبة تبطل شفعته ، فعلى قياس ما ذكر في آخر الباب : ينبغي أن يبطل دعواه في الرقبة في المسألة بسؤال البيع .

١٧٠١٧ - وفي دعوى "المنتقى" عن أبي يوسف : في الشفيع إذا ادعى أن الدار المشتراة له ، وأن لي بينة غيب ، أو قال : لا بينة لي ، ولكن آخذه بالشفعة ، قال : طلب الشفعة إقرار بأنها ملك البائع ، ولا أقبل بينته على الملك إن جاء بها ، فعلى قياس هذا : ينبغي أن تبطل دعواه في الرقبة عند أبي يوسف بسؤال البيع في المسألة المتقدمة ؛ لأن سؤال البيع إقرار أن الدار ملك البائع .

١٧٠١٨ - وفي "المنتقى" في كتاب الدعوى ابن سماعة عن محمد : رجل ادعى على رجل أنه أخذ منه مالاً ، وهو كذا كذا ألف درهم ، ووصفه بصفة معروفة ، فأقام المدعى عليه بينة أن هذا المدعي أقر أن هذا المال المسمى المفسر[2] أخذ منه فلان ، وأنكر المدعي ذلك ، فليس هذا بإبطال لدعوى المدعي ، ولا بإكذاب لبينته ؛ لأن الإكذاب إنما يثبت لمكان التنافي ، ولا منافاة بين الأخذين إذا خلت الشهادتان عن الوقت ، فيجوز أن يكون فلانًا أخذه ، ثم رده عليه ، فأخذه هذا المدعى عليه .

١٧٠١٩ - وفي أقضية "المنتقى" ابن سماعة عن أبي يوسف : رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار ، وكانت الألف بصك قد كتب عليه ، وكتب أن لا شيء عليه غيرها ، وكانت المائة الدينار بصك قد كتب عليه ، وكتب أن لا شيء عليه غيرها ، والوقت واحد ، أو لا وقت فيهما ، فالمال كله لازم ، قال : ألا ترى أنه لو قال : لي عليه ألف درهم ، ولا مال لي عليه غير ذلك ، أو قال : لي عليه مائة دينار ، ولا مال لي عليه

---

(١) هكذا في "ظ" ، وفي الأصل : في شفعة مسألة المنتقى .

(٢) وفي الأصل : المفسر .

قال: نعم هو ملكه أمره بالتسليم إليه، وإن قال: ليس بملكه، وليس في يده، فالمدعي يثبت يده بالبينة.

١٧٠٢٢- إذا قال الوارث: هذه الدار لم تكن لأبي، وإنما كانت وديعة في يده لفلان، فادعى رجلاً معروفاً، ثم أقام البينة أن الدار كانت في يد أبيه، أخذها الذي في يديه بعد موته، أو أقام بينة أنه أخذها منه في حياته، ردت الدار إلى الابن إن كان موضعاً لها حتى يقدم المستودع، وإن لم يكن موضعاً لها جعلت في يدي عدل.

هذا إذا أقر لرجل معروف، وإن لم يكن أقر لمعروف، لكن قال: لم يكن هذه الدار لأبي. ثم قال بعد ذلك: كذبت في قولي إنها لم تكن لأبي، بل كانت لأبي، مات وتركها ميراثاً لي، دفعت إليه الدار بعد ما تلومت، فلم يحضر أحد يطلبها، كمن في يده دار أو ثوب، قال: ليس هذا لي، فالقاضي لا يأخذ ذلك من يده حتى يحضر أحد يدعيها، وإذا قال: لا حق لي قبل فلان، ثم ادعى عيناً في يديه، لا يسمع دعواه، ولو أقر له فلان بعين في يده، صح إقراره.

١٧٠٢٣- وفي الباب الثاني من صلح شيخ الإسلام، وفي «نوادر هشام» قال: سألت محمداً عن رجل قال: لا حق لي في هذه الدار، ولا خصومة ولا طلبة، ثم جاء يزعم أنه وكيل فلان في دعوى هذه الدار، قبل ذلك منه: إذا قال المدعى عليه وقت القضاء: العين للمدعي ليس ملكي، ولا هو في يدي، وقد كان قال وقت الدعوى: هو ملكي وحقي، لا يسمع منه هذا الكلام لكان التناقض

الفصل العشرون
فيما يبطل دعوى المدعي من قوله أو فعله

١٧٠٢٤ - رجل ادعى على رجل مالاً معلومًا، وأقام عليه البينة، ثم شهد على المدعي قوم جاء بهم المدعى عليه أنه أقر بعد هذه الدعوى وإقامة البينة أنه استوفى من هذا المال كذا وكذا درهمًا، هل يبطل بذلك دعوى المدعي وبينته؟ قالوا: المسألة على وجهين: إن كان الإقرار بلفظ يدل على استيفاء هذا القدر قبل هذه الدعوى والبينة، بأن قال ما فيه بودم ازين مال أو بدي يافتم، أو قال: يافتم ازين مال أو بدي، لا يبطل دعواه ولا بينته؛ لأنه يمكنه أن يقول: استوفيت هذا القدر من المال بعد ما ادعيته، وأثبته بالبينة.

١٧٠٢٥ - رجل ادعى على رجل أربعمائة درهم، وأنكر المدعى عليه ذلك، فأقام[1] المدعي بينة على دعواه، وقضى القاضي له بالأربع مائة، ثم إن المدعي أقر للمدعى[2] عليه بمائة درهم، قال أبو القاسم الصفار رحمه الله: يبطل عن المدعى عليه الثلاثمائة الباقية، وبه أفتى عبد الكريم؛ لأن بقدر المائة يقع المقاصة بين ما للمدعي على المدعى عليه، وبين ما للمدعى عليه على المدعي، فيسقط ذلك القدر عن المدعى عليه، فيصير المدعي مكذبًا لشهوده، فإنهم شهدوا له بأربع مائة، وله عليه ثلاث مائة، وأفتى أبو أحمد بن عيسى بن النضر وغيره من أصحابنا أنه لا يبطل عنه الثلاث مائة الباقية؛ لأن بوقوع المقاصة لا يسقط الدين كما لا[3] يسقط بالقضاء، إنما تسقط المطالبة لا غير، ألا ترى أن هذا القضاء والمقاصة لو أبرأ رب الدين المديون عن الدين يصح، فلم تسقط المائة ههنا عن المدعى عليه، فلا يتحقق التكذيب، فلا تبطل الشهادة، فبهذا قالوا: لا تسقط الثلاث مائة الباقية - والله أعلم -.

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "وإن أقام".

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: "ثم إن المدعي أقر أن للمدعى عليه مائة".

(٣) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ: "لا كما يسقط".

١٧٠٢٦ - القاضي إذا فرض النفقة للمرأة على الزوج، ومضت مدة، واجتمعت عليه النفقة، وادعى أن المرأة كانت حرامًا عليه منذ الفرض، وأقام البينة، فهذا القدر لا يبطل النفقة؛ لأنه يجوز أنها كانت حرامًا عليه، إلا أنها كانت في العدة، فيستقيم فرض النفقة.

ولو ادعى الزوج الخلع معها على المهر ونفقة العدة قبل فرض القاضي، صح الدعوى، وإذا أقام البينة على ذلك، قبلت بينته، وبطل الفرض.

١٧٠٢٧ - في المنتقى: بشر عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استعار من آخر ثوبًا، ثم أقام بينة أن الثوب ثوبه، قبلت بينته، فلم تكن الاستعارة على هذه الرواية إقرارًا بالملك للمستعار منه، وذكر بعد هذه المسألة مسائل، إذا قال الرجل لغيره: أسكني هذه الدار، أعرني هذه الدابة، ثم ادعى بعد ذلك لنفسه، لم تقبل حجته، وجعل الاستعارة إقرارًا بالملك للمستعار منه. ولو قال: ادفع إلي هذه الدار أسكنها، فأبى أن يعطيه، ثم ادعى هذه المسائل ادعاها بعد ذلك لنفسه، فهو على حجته، وكذلك إذا قال: أعطني هذا الثوب ألبسه، أعطني هذه الدابة أركبها.

١٧٠٢٨ - وفي نوادر إبراهيم عن محمد: إذا شهد شاهدان أن لهذا الرجل على هذا الرجل ألف درهم، وعلى هذا الرجل لآخر مائة دينار، فقال المشهود له: أما ألف درهم فصحيح، وأما المائة الدينار فباطل، قال: تبطل الشهادة في الرجلين جميعًا، وكذلك لو شهدا أنه غصبه هذين الثوبين، فقال المشهود له: أما أحدهما فلم يغصبه، بطلت الشهادة.

ولو شهدا أن لفلان على فلان ألف درهم، وقضاه منها خمسمائة، وكذبهما المدعي في القضاء، فالشهادة جائزة، وروى بشر في نوادره عن أبي يوسف في رجلين شهدا أن لهذا على هذا ألف درهم قد اقتضى منها مائة، وقال المدعي: لم أقبض شيئًا، قال أبو حنيفة رحمه الله: أقضي له بالألف وأجعله مقتضيًا المائة، قال بشر: وهو قول أبي يوسف.

١٧٠٢٩ - رجل ادعى دارًا في يدي رجل أنها داره، اشتراها منه منذ شهر، وأقام شاهدين، فشهدا على وقت الشراء أو أقل، فشهادتهما جائزة، ولو شهدا على أكثر

من ذلك ، لم تجز شهادتهما .

١٧٠٣٠ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: شاهدان شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، فأنفذ القاضي شهادتهما ، ثم ادعى أحد الشاهدين أنها امرأته تزوجها قبل الذي طلقها ، وأتى على ذلك ببينة ، والمرأة تجحد ، لا تقبل ذلك منه ، وكذلك لو لم يكونا شهدا أنها امرأته ، وإنما شهدا أنه طلق هذه ثلاثاً . وكذلك هذا في العتق والبيع وغير ذلك ، إذا جحد البائع دعوى الشاهدين ، وقال : المتاع لي ، وكذلك إذا قال الشاهدان : نحن أمرناه بالبيع ؛ لأن ما نفذ[1] من الحكم بشهادتهما بمنزلة الإقرار منهما بأنه لا حق لهما فيه ، ولا في ثمنه ، وسواء كان البائع جاحداً للبيع ، أو كان المشتري جاحداً للشراء ، ولو شهدا ، فرد الحاكم شهادتهما ، ثم ادعياه لأنفسهما ، فليس لهما في ذلك دعوى ، فإن لم يشهدوا عليه عند الحاكم ، ولكن شهدا البيعة ، وختما على الشراء من غير إقرار بكلام ، فإن هذين لا يقبل لهما دعوى .

١٧٠٣١ - وروي عن محمد : في رجل شهد على رجل أنه طلق هذه المرأة ، ولم يشهد أنها امرأته ، وقال : لم أعرفها ، ولم أكن دخلت بها ، قبلت بينته .

وكذلك لو شهدا على إقرار المرأة أنها امرأته ، ولم يشهدا أنها امرأته ، فأجاز القاضي عليها إقرارها ، وجعلها امرأته ، ثم أقام الشاهد بينة أنه تزوجها منذ سنة ، وأني لم أعرفها ، قبلت بينته ، ويبطل قضاء القاضي ، ويردها على الشاهد ، فصار مسألة الطلاق مختلفة بين أبي يوسف ومحمد .

١٧٠٣٢ - رجل في يديه مملوك ، ادعاه رجل أنه مملوكه ، والذي في يديه يجحده ، وادعاه لنفسه ، فحلفه القاضي ما هو لهذا المدعي ، فأبى أن يحلف ، وقضى القاضي عليه بنكوله ، فقال الذي كانت في يده : قد كنت اشتريته منه قبل الخصومة ، وأقام على ذلك بينة ، قبلت بينته ، وقضي له به ، ولا يكون إباء اليمين إكذاباً للشراء ، ولو أقام بينة على أنه لي ، ولد في ملكي ، أو أقام بينة على أني اشتريته من فلان ، يريد به رجلاً آخر سوى المدعي ، وقد ولد في ملكه لا تقبل منه البينة ، وإذا شهد شاهدان أن الدار التي في يد هذا لفلان ، فقال المشهود له : هذا البيت من هذه الدار لفلان ، ليس هو لي ، فقد أكذب

---

(١) هكذا في ظ ، وكان في الأصل وف وم : «لأن ما بعد أن الحكم بشهادتهما» .

شهوده، فإن كان هذا في القضاء، ثم أقضي لا له ولا لفلان بشيء، وإن كان بعد القضاء قال: هذا البيت لفلان، ولم يكن لي، أجيز إقراره لفلان، وجعلت البيت له، ورددت ما بقي من الدار على المدعى عليه، وضمنته قيمة ذلك البيت، يعني للمشهود عليه، ولأبي يوسف فيها قول آخر، أنه يضمن قيمة البيت للمشهود عليه، ويكون ما بقي من الدار له، يعني للمشهود له.

١٧٠٣٣ - وفي «الإملاء» عن محمد: ثوب في يدي رجل أقر أنه لفلان، ثم قال بعدما سكت: بعته منه بمائة درهم، وقال فلان: هو لي من غير البيع، فتقبل بينته، ولم يكن إقراره إكذاباً لبينته، ولو كان المقر وصل كلامه، فقال: هذا لفلان بعته منه بمائة دينار، قبل قوله، ولم يخرج من يده إلا بما قال.

١٧٠٣٤ - عبد في يدي رجل قال لصاحب اليد: هذا عبدك، ثم ادعى المقر بعد ذلك أنه عبده، باعه من المقر له بألف درهم، لم يصدق على ذلك، فإن قال المقر له: هذا العبد كان للمقر قبل أن يقر لي به، فقد وجب حق المقر الأول في العبد، فيقال للمقر له: أقم البينة على انتقاله منه إليك.

١٧٠٣٥ - وفي «نوادر عيسى بن أبان»: ثلاثة نفر أقاموا بينة على رجل بمال لهم قبله من ميراثهم عن أبيهم، فقضى القاضي به لهم، ثم إن أحدهم قال بعد ذلك: ما لي في هذا المال الذي قضي لنا به على فلان من حق، وإنما هو لأخوتي، قال: لا يبطل بهذا القول عن المقضي عليه شيء إلا أن يقول: ما كان لي أصلاً في هذا المال شيء، وما هو إلا لأخوتي، فحينئذ يبطل حقه عن المقضي عليه.

ولو قال قبل أن يقضي القاضي له بالمال: ما لي في هذا المال حق، وما هو إلا لأخوتي، فيسأل عن ذلك بأي وجه صار لهما دونك، وإنما ادعيتم من ميراث أبيكم، فإن جاء بوجه يكون له فيه من قوله مخرج قبل منه، وإن قال: هذا القول، ثم مات، قضى القاضي للأخوين بالثلث، وترك نصيب المقر.

ولو كان الذين أقاموا البينة هم الذين ولوا معاملته، ولم يدعوا المال عليه من الميراث، ولكن من شيء بايعوه له، ثم قال أحدهم: ما المال إلا لهذين ما لي فيه حق، كان المال كله لهذين، ولم يبطل عن المدعى عليه شيء؛ لأنه قد يكون المال لرجل باسم

رجل، فقال رجل: يعمل به رجل آخر.

١٧٠٣٦ – رجل أقر، وقال: هذا العبد تركه فلان ميراثاً، ثم ادعى أن فلاناً الميت، أوصى له بثلثه، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، ألا ترى أنه يقول: تركه ميراثاً وأوصى به لي. وكذلك لو قال: تركه ميراثاً، ثم ادعى هبته في صحته لم أسمع دعواه، ولم أقبل بينته، وفي «نوادر هشام» قال: سألت محمداً عمن تزوج امرأة ثم ادعى أنه اشتراها ممن يملكها، قال: لا أقبل بينته على ذلك حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها بعد التزوج، وكذلك لو ساوم بعقار في يدي رجل، ثم ادعى أنها له اشتراها من فلان وهو يملكها، لم أقبل ذلك[١] منه حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان بعد ذلك، وأقر الذي في يديه الدار أنه وكيل البائع.

١٧٠٣٧ – جارية متنقبة في يدي رجل اشتراها منه رجل وهو يحضرهما[٢]، فلما حلت نقابها، قال المشتري: هذه جاريتي، ولم أعرفها للتنقب، لا يقبل دعواه ولا بينته، وإن ساومه بشيء في جراب مشرج. وقال البائع: هذا هروي، فلما أخرجه من جرابه ونشره ووزنه قال: هذا متاعي، قبلت بينته، وكذلك لو اشترى منه ثوباً في منديل فقال له البائع: أبيعك هذا الثوب الذي في هذا المنديل، فلما اشتراه فأخرج له الثوب من المنديل، وقال المشتري: هذا ثوبي، ولم أره، قال: أقبل دعواه وبينته.

قال محمد رحمه الله: أنا أنظر في ذلك الشيء، فإن كان يمكن أن يكون ساومه وهو يعرف مثل الجارية المتنقبة القائمة بين يديه، فهذا يمكن أن يعرف به، ويمكن أن لا يعرف، فلا يقبل قوله: إني لم أعرفه إلا أن يصدقه الذي في يديه أنه لم يعرفه، فتقبل بينته حينئذ، وإذا كان شيئاً لا يمكن أن يساومه وهو يعرفه مثل ثوب في منديل لا يراه، أو جارية قاعدة على رأسها كساء وغطاء لا يرى منها شيء، أقبل بينته عليه.

١٧٠٣٨ – وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف: في رجلين شهدا لرجل، وقالا: نشهد أن فلاناً غصب عبده هذا، ولكنه قد رده عليه بعد ذلك، فمات عند مولاه، وقال المغصوب منه: ما رده علي، وإنما مات عند الغاصب، وقال المشهود

---

(١) وفي الأصل: لم أقبل بينته حتى... إلخ

(٢) وفي الأصل: يحضرنها.

...عى، وشهد الشهود بالحانوت للمدعي، ثم غاب الشهود، أو ماتوا قبل أن يسألهم القاضي عن البناء، فإن القاضي يقضي بالحانوت ببنائه للمدعي، فإن أقر المدعي بعد ذلك، فقال: البناء لي، كان المدعى عليه كرد البناء، فهذا منه إكذاب لشهوده، وإن لم يذكر الشهود البناء في شهادتهم، أما على رواية كتاب الأقضية، لا يحتاج إلى الفرق. وأما على رواية الأصل، يحتاج إلى الفرق.

والفرق أن الحانوت اسم للعرصة والبناء جميعًا، فالقضاء بالبناء في الحانوت يكون البناء مشهودًا به، فإذا أقر بالبناء بعد ذلك المدعى عليه، يصير مكذبًا لشهوده. ولا كذلك اسم الدار، فإنه اسم للعرصة، والبناء يدخل فيه بطريق التبعية، لا أن يكون البناء مشهودًا به، فلا يصير المدعي بالإقرار بالبناء للمدعى عليه مكذبًا شهوده. وكذلك في هذه الصورة لو أن المدعى عليه ادعى كل البناء، أو بعضه لنفسه بعد ما قضى القاضي عليه بجميع الحانوت، لا تسمع دعواه، وإن لم يذكر شهود المدعي البناء في شهادتهم، بخلاف مسألة الدار على رواية الأصل، والبيت في هذا نظير الحانوت، لا نظير الدار، حتى لو ادعى رجل بيتًا(١) في يدي رجل، وقضى القاضي له بالبيت وبنائه، ثم ادعى المدعى عليه البناء لنفسه، وأقام على ذلك بينة، لا تقبل بينته، ذكر الشهود البناء في شهادتهم أو لم يذكروا.

وكذلك لو أقر المقضي له في هذه الصورة أن البناء للمدعى عليه، فهذا إكذاب منه للشهود، كما في مسألة الحانوت؛ لأن البيت اسم للعرصة والبناء كالحانوت.

في «مجموع النوازل»: فيمن أوصى لرجل بألف درهم، فادعى الموصى له أنه ابن الميت، ولم تقم له بينة، فله ألف من الميراث ومن الألف، وقال محمد رحمه الله: الوصية باطلة، ولا شيء له، والله أعلم.

---

(١) وفي م: [illegible]

الفصل الحادي والعشرون
فيما يكون جواباً من المدعى عليه وما لا يكون
وما يكون إقراراً منه وما لا يكون

١٧٠٤٢ - رجل ادعى ضيعة في يدي رجل أنها ملكه، فقال المدعى عليه: تأمل كنم ونگاه كنم، فهذا ليس بجواب، ويجبره القاضي على الجواب، وهذا لأن الدعوى وقع في الملك، فجوابه أن يقر المدعى عليه، فيقول: نعم هذا ملكك، أو ينكر، فيقول: ليس هذا ملكك، وإذا قال المدعى عليه: اين محدود مرا بتو سپردني نيست، أو قال: بتو تسليم كردني نيست، فهذا ليس بجواب عند بعض مشايخنا، كما قلنا، وعند بعضهم هذا جواب، وهو الأصح، وفي دعوى الدين إذا قال المدعى عليه: مرا بتو چيزى دادني نيست، فهذا ليس بجواب عند بعضهم، وعند بعضهم هو جواب، وهو الأشبه.

١٧٠٤٣ - ادعى ضيعة في يدي رجلين، فقالا: دو تير او سه تير از اين ضياع ملك ماست ودر دست ماست وباقي تير ملك فلان غائب است ودر دست ما امانت است، فهذا جواب تام، ولكن لا تندفع الخصومة عنهما عن السهم الآخر ما لم يقيما بينة على الوديعة على ما عرف.

١٧٠٤٤ - وإذا قال في دعوى الدين بسبب البيع، أو ما أشبه ذلك: من اين مبلغ بتو دادني نيستم، فهذا ليس بجواب هكذا قيل، وقد قيل: هذا إنكار لأصل الدين، فيكون خصماً في أصل الدين، وإذا قال في دعوى الدين: مرا علم نيست مرا نيست، فهذا ليس بجواب.

١٧٠٤٥ - وفي دعوى العقار إذا قال: هذا المحدود ملكي، ولم يقل: هو في يد المدعى عليه، لا يلزم المدعى عليه الجواب، وإذا قال: هو ملكي، وفي يد هذا المدعى عليه، فقال المدعى عليه للمدعي: اين محدود ملك تو نيست، فهذا على وجهين: إن قال: در دست منست وملك تو نيست، فهذا جواب، وإن لم يقل: در دست منست،

بالملك لنفسه، بغير بينة، وبعد ما قضى القاضي للمدعي لو أقام المدعى عليه البينة أو دفعه لا تقبل بينته؛ لأنه صار مقضياً عليه.

١٧٠٥٠ - ولو قال المدعى عليه العقار: هذا العقار المدعى به ليس في يدي، يحتاج المدعي إلى إثبات يده بالبينة، فإذا أثبته[1] إلا أن يقيم البينة على الملك، وهذا حكم يختص بالعقار، فإن الدعوى إذا وقع في المنقول، لا يسمع الدعوى إلا بحضرة المنقول، وعند إحضار المنقول يعرف يد المدعى عليه، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة.

في فتاوى الأصل: إذا أنكر المدعى عليه أن يكون المحدود المدعى به في يده، فالقاضي يحلفه على اليد أولاً، فإن حلف يندفع عنه الخصومة، وإن نكل يحلف على الملك، وهذا مما لا يكاد يصح؛ لأن اليد على العقار لا يثبت بصريح الإقرار، فكيف يثبت بالنكول الذي هو قائم مقام الإقرار؟

ولو قال: لا أدري أهو ملك هذا المدعي؟ فهذا ليس بجواب، ويجبره القاضي على الجواب، فإنه لم يجب يجعله منكراً، ويسمع البينة عليه، وبيان ما يكون إقراراً وما لا يكون، وسيأتي في كتاب الإقرار.

---

(١) هكذا في ظ، و«كا»، وفي الأصل و«ب» و«م»: [illegible] والأولى [illegible] البينة.

الفصل الثاني والعشرون

في بيان من يصلح خصماً ومن لا يصلح

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه:

١٥٢٧٤- قال محمد رحمه الله في كتاب الإجارات: إذا تكارى الرجل من رجل ثلاث دواب بأعيانها من بعض أهالي مدينة الري حتى خرجت الإجارة، ثم إن المكاري باع هذه الدواب من رجل آخر، أو وهب، أو تصدق، أو أجر، أو أعار، أو أودع، فجاء المستكري، ووجد الدواب، فأراد أن يقيم البينة على من ذكرنا، فهذا على وجهين: إما إن كان المكاري حاضراً، وفي هذا الوجه تقبل بينته على المكاري؛ لأن المستأجر مع الذي في يديه الدابة تصادقا أن الملك في الدابة كان للمكاري، والمكاري صدقهما في ذلك، فيثبت الملك للمكاري في الدابة بتصادقهم، وكان المكاري خصماً للمستأجر، فتقبل بينته عليه، ويستوي في حق سماع بينة المستكري أن يكون المكاري جاحداً أنه كان آجر الدابات منه، أو يكون مقراً بذلك؛ لأن إقراره لا يصح في حق ذي اليد، فيكون وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة.

ونظيره رجل باع من رجل شيئاً، فجاء رجل آخر، وادعى أن هذا البائع باع هذا الشيء منه قبل أن يبيعه من هذا المشتري، وصدق البائع المدعي في ذلك، لا يلتفت إلى تصديق البائع، ولو أقام المدعي بينة على دعواه، قبلت بينته، وجعلت البائع وإن كان مقراً بدعوى المدعي، إلا أن الإقرار منه لا يصح على المشتري الظاهر، فيصير وجود هذا الإقرار والعدم بمنزلة. كذا ههنا، وإذا قبلت بينة المستكري ينظر إن كان المكاري باع الدواب، وكان البيع بعذر بأن كان عليه دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن الدواب، لم يكن للمستأجر على الدواب سبيل؛ لأن الإجارة تنقض بمثل هذا البيع

بعذر، وهذا على الرواية التي لا تشترط لفسخ الإجارة حالة العذر للقضاء والرضاء.
وإن كان باعها بغير عذر، كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة الإجارة.

وإن كان المكاري آجرها من غيره، أو أعار أو تصدق كان المستكري أحق بها إلى أن يستوفي إجارته، سواء باشر هذه التصرفات بعذر أو بغير عذر؛ لأن العذر لا يقتضي في هذه الأسباب، ولا تنقض الإجارة بمباشرتها.

وإن كان المكاري غائباً، فبينة المستكري على الذي الدواب في يده مقبولة، إن كان الذي الدواب في يده مشترياً، أو مرهوناً، أو متصدقاً عليه؛ لأنه يدعي الملك لنفسه فيما في يده، فينتصب خصماً لكل من ادعى حقاً فيما في يده، والمستأجر ادعى حقاً فيما في يده فينتصب خصماً له.

بعد هذا إن كان المكاري باع الدواب بعذر، فلا سبيل للمستكري عليها، وإن كان باع بغير عذر، أو وهب، أو تصدق كان المستأجر أحق به إلى أن يستوفي إجارته، وإن كان الذي في يديه الدواب مستعيراً لا ينتصب خصماً للمستكري، وإن كان مستأجراً، هل ينتصب خصماً للمستكري؟ فيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: ينتصب خصماً، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي، وقال بعضهم: لا ينتصب خصماً، وإليه مال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، وبعض مشايخ زماننا قالوا: إن كان المستكري يدعي عليه فعلاً بأن قال للمستأجر: إني قبل أن استأجرتها وقبضتها ثم قال: غصبتها مني، ينتصب خصماً له، وتسمع بينته عليه، وإن لم يدع عليه فعلاً، ولكن قال المستكري: إني استأجرتها أولاً، لا ينتصب خصماً له، ولا تسمع بينته عليه.

١٧٠٥٢ - وإذا ادعى رجل داراً في يدي رجل أنها في إجارتي آجرنيها فلان، وادعى ذو اليد أنها في إجارتي آجرنيها فلان آخر، يسمع دعوى المدعي، وينتصب صاحب اليد خصماً، بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق، وصاحب اليد ادعى الإجارة، وهذا الجواب يوافق قول الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي في المسألة المتقدمة.

بالشفعة، وإنه في معنى عقد يفسد ظاهراً وباطناً، فلا يمكن رده، أما على قول محمد لم ينفذ باطناً، فينبغي أن يرده، وإن لم يرد؛ لأن فيه قضاء بالنقض على الغائب، والقضاء على الغائب لا يجوز.

١٧٢٥٧ - رجل في يديه دار، ادعاها رجل إلا أنه لم يقم البينة على دعواه، ثم قاما من عند القاضي، ومكثا زماناً، ثم تقدما إليه، وجاء المدعي بشاهدين شهدا أن الدار له، فقال المدعى عليه: إنها كانت لي إلا أني بعتها من فلان بعدما قمنا عن مجلس القاضي، أو قال: وهبتها من فلان، وسلمتها إليه، ثم أودعنيها وغاب، فإن أقر المدعي بما قال ذو اليد، أو لم يقر بذلك، ولكن علم القاضي بذلك، أو لم يعلم القاضي بذلك أيضاً، إلا أن صاحب اليد أقام بينة على إقرار المدعي بذلك، فلا خصومة بينهما؛ وإن لم يكن شيء من ذلك، وأقام صاحب اليد بينة على ما ادعاه، فالقاضي لا يسمع بينته، ولا يندفع الخصومة عن ذي اليد، وقد مر هذا في المسألة المتقدمة.

وكذلك لو كان المدعي حين ادعى الدار، أقام شاهداً واحداً، ثم قاما من عند القاضي، ومكثا زماناً، ثم تقدما إلى القاضي، وجاء المدعي بشاهد آخر، وأقام صاحب اليد بينة على أنه باع الدار من فلان بعدما قاما من عند القاضي، أو قال: وهبها منه، وسلمها إليه، فإن أقر المدعي بذلك، أو علم القاضي به، أو لم يعلم به، وأقام ذو اليد بينة على إقرار المدعي بذلك، فلا خصومة بينهم، وإن لم يكن شيء من ذلك، وأقام ذو اليد بينة على ما صنع، فالقاضي لا يسمع بينته، ولا يندفع الخصومة عنه.

ولو كان المدعي حين ادعى الدار، أقام شاهدين عدلاً، فقبل أن يقضي القاضي بالدار للمدعي، قاما من عند القاضي، فمكثا زماناً، ثم إنهما تقدما عند القاضي، وادعى صاحب اليد أنه باع الدار من فلان بعدما قاما عند القاضي، أو وهبها له، وسلمها إليه، ثم إن فلاناً أودعنيها منه، وغاب وأقر المدعي بذلك، أو علم به القاضي، فإنه لا يندفع الخصومة عن ذي اليد، بخلاف ما إذا كان المدعي أقام شاهداً واحداً وقت الدعوى، وباقي المسألة بحالها، فإن هناك إذا أقر صاحب اليد بما ادعاه المدعي من البيع، أو الهبة بعدما قاما عن مجلس القاضي، أو علم القاضي بذلك، فإن هناك لا خصومة بين المدعي وبين صاحب اليد

بذلك، أو أقام صاحب اليد بينة على إقرار المدعي بذلك، تندفع الخصومة عن ذي اليد، وقد مرّ هذا غير مرة، وإن لم يكن شيء من ذلك، ولكن أقام صاحب اليد بينة على ما ادعى، لا يندفع خصومة المدعي من صاحب اليد، فلو أن القاضي لم يقض للمدعي بالدار بشهادة شهوده حتى حضر الغائب، وصدّق صاحب اليد فيما قال يدفع الدار إلى الغائب بإقرار صاحب اليد بالدار له، ويجعل القاضي الغائب خصماً للمدعي، ولا يكلف المدعي إعادة البينة؛ لأن إقامتها على صاحب اليد صح ظاهراً، فلا يبطل بإقرار ذي اليد، ويجعل المقر له وهو المشتري كالوكيل عن ذي اليد، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم، وينقض البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع لاستحقاق المبيع من يد المشتري، وكذلك لو شهد على البائع رجل واحد، ثم حضر المشتري، ودفع العبد إليه، فأقام المدعي شاهداً آخر على المشتري، قضي بالعبد له، ولا يكلفه إعادة الشاهد الأول؛ لأن الشاهد الثاني منضم إلى الشاهد الأول، فصار كأن الشاهدين شهدا على ذي اليد.

وكذلك لو كان ذو اليد باع الدار من غيره، ولم يسلمه حتى حضر المدعي، وأقام الذي في يديه البينة أنه باع العبد من فلان، ولم يسلمه إليه، لا يلتفت إلى بينة ذي اليد، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقام البينة على البيع والقبض، ثم الإيداع.

١٧٠٥٩ - عبد ادعى على رجل أنه كان ملكه، وأنه أعتقه، فقال المولى: حين أعتقته لم يكن ملكي؛ لأني بعته من فلان، ثم اشتريته منه، وأقام البينة على بيعه قبل الإعتاق، لا تقبل بينته، ولو كان المولى قال له: أعتقتك قبل أن اشتريتك، وقال العبد: لا، بل أعتقتني بعد ما اشتريتني، فالقول قول العبد؛ لأن العبد يدعي عتقاً جائزاً، والمولى يدعي عتقاً فاسداً.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٧٠٦٠ - قال محمد رحمه الله: رجل ادعى على رجل أنه فقأ عين عبد له قيمته ألف درهم، وجحد المدعى عليه دعواه، والمدعي يقر أن العبد حي، فأقام المدعي بينة على دعواه؛ فالقاضي لا يسمع بينته، ولا يقضي بالأرش على المدعى عليه إلا بحضرة من العبد، فإذا حضر العبد، فالمدعي يقيم البينة أنه عبده، وأن هذا فقأ عينه، فيقضي

القاضي له بالعبد، ويقضي على الفاقئ بأرش العبد للمدعي.

قال محمد رحمه الله في الكتاب وقد قال بعض فقهائنا: إن القاضي يقبل بينته، ويقضي بأرش العبد على الفاقئ، وإن لم يحضر العبد، فإذا حضر العبد إذ[1] أنكر العبودية، وقال: أنا حر الأصل، أبطل القاضي ذلك القضاء، ويرد الأرش إلى المدعى عليه، وإن أقر بالعبودية للمدعي، أمضى ذلك القضاء.

وجه قول هذا القائل: إن المدعي ادعى الأرش ديناً في ذمة المخاصم بسبب جائز في محل مملوك له، وفي مثل هذا لا يشترط حضرة المحل للقضاء بالأرش، كما لو ادعى أنه فقأ عين برذون له قيمته ألف درهم، وأنكر المدعى عليه دعواه، فأقام المدعي بينة على دعواه، فالقاضي يقضي له على المدعى عليه بربع قيمة البرذون، وإن لم يكن البرذون حاضراً، كذا ههنا.

وجه ما ذكر محمد في الكتاب: أن القضاء بالأرش ههنا متعذر؛ لأنا لو قضينا بالأرش ههنا، إما أن يقضي بالأرش ويملك العبد للمدعي، أو يقضي بالأرش لا غير، ولا وجه إلى الأول؛ لأن البينة في حق العبد قامت على الغائب؛ لأنه في يد نفسه من حيث الظاهر حتى كان القول قوله أنه حر الأصل، وإنه غائب، والقضاء على الغائب، وليس عنه خصم حاضر لا يجوز، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن ملك الطرف وملك بدل الطرف لا يقبل الفصل عن ملك الأصل على ما مر، وإذا تعذر القضاء بالأمرين وبالأرش وحده، توقف القضاء إلى أن يحضر العبد، بخلاف مسألة البرذون؛ لأن هناك القضاء بالأرش ممكن من غير أن يقع القضاء بالبرذون على غائب؛ لأن القول قول المدعي أن البرذون برذونه؛ لأنه يدعي مالاً لنفسه، وليس له فيه منازع، فإنه لم يعرف البرذون في يد ثالث، وليس للبرذون يد نفسه، وكان القول قوله: إن البرذون له، فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بالبرذون على الغائب، بخلاف العبد؛ لأن العبد في يد نفسه، ويعبر عن نفسه، فلا يمكن القضاء بذلك للمدعي إلا بالقضاء على الغائب حتى لو كان العبد ميتاً يقضي بالأرش للمدعي؛ لأنه لا يد للميت على نفسه، فيمكن القضاء بالأرش للمدعي من غير أن يقع القضاء على الغائب.

---

(١) وفي الأصل: أنكر العبودية بعوض "إن"

وكذلك إذا كان العبد صغيرا لا يعبّر عن نفسه ، فالقاضي يقضي بالأرش للمدعى على الفاقئ، ولا يشترط حضرة العبد، هكذا حكي عن القاضي الإمام أبي عاصم العامري؛ لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه ليس له يد نفسه، بل هو بمنزلة الثوب والدابة، حتى كان القول فيه قول صاحب اليد أنه ملكه، فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بملك العبد على الغائب.

فإن قيل: هلا انتصب الفاقئ خصماً عن العبد للمدعي؟ لأنه ادعى حقاً على الفاقئ، وهو الأرش، ولا يمكن إثباته إلا بعد إثبات الملك لنفسه في رقبة العبد، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب. قلنا: لا يمكن أن يجعل الفاقئ خصماً عن العبد حكماً؛ لأنه ليس بين الفاقئ وبين العبد فيما يريد المدعي إثباته من ملكه في رقبة العبد سبب، ولابد من سبب يكون بين الحاضر والغائب حتى يجعل الحاضر خصماً عن الغائب، وأحد لم يقل به.

قال: ولو أن المدعى عليه أقر أنه فقأ عين العبد، وأنه عبد هذا المدعي، والعبد غائب، فإنه يقضي بأرش العبد له، بخلاف فصل البينة.

والفرق أن الإقرار في حق الأرش دون نفس العبد، فيمكن القضاء بالأرش للمدعي من غير أن يكون قضاء على الغائب، وهو العبد، فأما البينة فحجة متعدية، فلا يمكن إثبات ملك العبد بها في حق الأرش ورقبة العبد؛ لأنه يكون على الغائب، فهذا هو الفرق، وذكر بعد هذا مسألة البرذون التي ذكرناها على سبيل الاستشهاد، وأجاب على نحو ما بينا أن القاضي يقضي بربع القيمة للمدعي على المدعى عليه، وإن لم يكن البرذون.

وفيه نوع إشكال، ينبغي أن لا يقضي القاضي للمدعي بأرش البرذون حتى يرى المدعي البرذون للقاضي، فينظر إليه القاضي هل فقأ عينه أم لا، ألا ترى أن من ادعى على آخر شج رأسه، فالقاضي لا يقضي للمدعي على المدعى عليه بشيء حتى يرى المدعي رأسه للقاضي.

والجواب: وهو الفرق بين الفصلين أن في فصل الشجة المدعي حاضر، فيمكنه إراءة رأسه من غير كلفة ومشقة، فأما البرذون فغائب، فلا يمكنه إراءة البرذون إلا بكلفة

ومشقة، وكان بمنزلة ما لو ادعى على غيره أنه شج أباه وأبوه ميت، فالقاضي لا يأمره بإحضار أبيه، ووزان مسألة البرذون من هذه المسألة أن كان البرذون حاضراً، ولو كان البرذون حاضراً، فالقاضي لا يقضي للمدعي بالأرش حتى يرى البرذون القاضي؛ لأنه يمكنه إراءة البرذون من غير مشقة.

قال: ولو جاء رجل بعد ذلك، والبرذون المفقوءة عينه في يده، وهو يزعم أن البرذون له، وطلب من القاضي أن يأمر المقضي له بالأرش حتى يدفع الأرش إليه، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله، ولا يأمر المقضي له بالأرش حتى يدفع الأرش إليه ما لم يقم البينة أن البرذون له، وأن المدعى عليه فقأ عينه وهو يومئذ له مع أن القول قوله أن البرذون له، وإنما كان كذلك لأن العين ليس في يده ليجعل القول فيه قوله، بخلاف البرذون؛ لأن البرذون في يده، فتمكن أن يجعل القول فيه قوله، ولعل الذي في يديه البرذون ملك البرذون من جهة المقضي له بالأرش بعد ما فقئت عينه. ولأنا إنما حكمنا له بالبرذون بظاهر يده، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، والأرش والظاهر لا يصلح لذلك.

فإن أقام الذي في يديه البرذون بينة أن البرذون له، وأن هذا المدعى عليه فقأ عينه وهو يومئذ له، قضي بالأرش له؛ لأنه ظهر ببينته أنه كان صاحب ملك في البرذون يوم الفقء، وظهر أن بينة المقضي له بالأرش قامت على غائب ليس عنه خصم حاضر، إذ البينة حجة في حق الناس كافة، فبطلت بينة المقضي له بالأرش.

فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل بينة الذي جاء بالبرذون أن البرذون له؛ لأنه صاحب اليد في حق البرذون. قلنا: نعم إلا أن بينة ذي اليد إنما لا تقبل إذا أقامها لاستحقاق ما في يده، والذي جاء بالبرذون إنما أقام البينة لاستحقاق الأرش، وهو في حق الأرش خارج، ألا ترى أن المشتري للدار إذا أنكر كون الدار في يد الجار ملك الجار، فأقام الجار البينة أن الدار التي في يده داره، قبلت بينته، وإن كان هو صاحب يد؛ لأن غرضه من إقامة هذه البينة استحقاق ما ليس في يده، وهي الدار المشتراة(1) كذلك في مسألتنا، فإن عارضه المقضي له بالأرش، فأقام بينة أن البرذون له، وأن هذا المدعى عليه فقأ عينه،

---

(١) وفي ط: المشتركة.

ذكر محمد رحمه الله في "الجامع" في المسألة المخمسة.

قالوا: وما ذكر محمد هذه المسألة في كتاب الرهن، وشوش فيه الجواب في بعض المواضع شرط حضرة الراهن لسماع البينة على الرهن، وفي بعضها لم يشترط، والمشايخ قد اختلفوا فيها، بعضهم قالوا: الصواب أنه لا يشترط حضرة الراهن، وما ذكر في بعض المواضع في كتاب الرهن أنه يشترط حضرة الراهن وقع غلطاً من الكاتب، وجعل هذا القائل مسألة الرهن نظير مسألة الوديعة والإجارة والمضاربة، فإن صاحب اليد إذا أقام بينة على أن هذا العين وديعة عنده من جهة فلان، أو مضاربة أو غصب أو إجارة، فالقاضي يسمع بينته، فههنا كذلك، وبعض مشايخنا قالوا: في المسألة روايتان: في إحدى الروايتين: تقبل هذه البينة؛ لأن الراهن لما رهنه فقد استحفظه، فإذا تعذر عليه الحفظ إلا بإقامة البينة وإثبات الملك للراهن، صار خصماً في ذلك، كما في الوديعة وأشباهها، وفي رواية أخرى: القاضي لا يقبل هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب، وإليه أشار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهذا لأن في قبول هذه البينة قضاء على الغائب، ولا حاجة لصاحب اليد على إثبات الرهن ليدفع الخصومة عن نفسه، فإن بمجرد اليد يندفع عنه الخصومة كما لو أقام بينة أنها وديعة في يده، وقد أجاب بهذا في نظائره في السير الكبير، فقد ذكر في السير الكبير العبد المرهون إذا أسر ثم وقع في الغنيمة، فوجد المرتهن قبل القسمة، فأقام البينة أنه رهن عنده لفلان وأخذه، لا يكون هذا قضاء على الغائب بالرهن؛ لأنه لا يحتاج إلى إثبات الرهن؛ لأن الإيداع كاف له، فتبين بهذا أن قبول هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب، ولا وجه إليه.

نوع آخر:

١٧٠٦٢ - قال محمد رحمه الله في وصايا[1] "الجامع": رجل هلك وترك ثلاثة آلاف درهم، وترك، وارثاً واحداً، فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، وجحد الوارث ذلك، فالقاضي يسمع بينته على الوارث، ويقضي بوصيته، فإن دفع الوارث الثلث إلى الموصى له، ثم جاء رجل آخر، وأقام بينة أن الميت أوصى له بثلث

---

(١) هكذا في ظ وكان الأصل وف وم: قضايا.

ماله، وقد غاب الوارث ذلك، فأحضر الموصى له إلى القاضي، فالقاضي يجعل الموصى له خصماً، ويسمع بينته عليه، ويأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى المدعي الثاني؛ لأن الثاني يدعي لنفسه نصف ما في يد الأول، والأول يجحد ذلك، فينتصب خصماً له، وإذا قبلت بينة الثاني، والثابت بالبينة كالثابت عياناً، صار كأن القاضي عاين وصيتهما[1]، وهناك يجعل الثلث بينهما نصفان، كذا ههنا. فإن لم يكن عند الأول شيء، بأن هلك ما في يده، أو استهلكه وهو معدوم[2]، فأحضر الثاني الوارث، وأراد أن يأخذ منه نصف ما في يده، فجحد الوارث وصيته، لم يكلف الثاني إعادة البينة على الوارث؛ لأن الميت صار مقضياً عليه لما أقام الثاني بينة على الموصى له الأول، وإذا صار الميت مقضياً عليه، صار الوارث مقضياً عليه أيضاً، فكان للموصى له الثاني أن يأخذ من الوارث خمس ما في يده، ثم الثاني مع الوارث يتبعان الأول، فيأخذان منه نصف ما أخذ؛ لأنه أخذ نصف ما أخذ بغير حق، فإذا أخذ ذلك اقتسماه على خمسة أسهم، سهم للموصى له الثاني، وأربعة أسهم للوارث، والخصومة إلى القاضي الذي قضى للأول، وإلى قاض آخر سواء؛ لأن الأول إنما صار خصماً للثاني بحكم يده، وفي حق هذا المعنى هذا القاضي وقاض آخر سواء.

ولو كان الموصى له الأول هو الغائب، فأحضر الثاني الوارث، فالقاضي يقضي على الوارث؛ لأن الوارث خليفة الميت، فينتصب خصماً عنه فيما يستحق عليه، ويكون ذلك القضاء على الوارث قضاء على الموصى له الأول؛ لأن الوارث لما انتصب خصماً عن الميت، صار الميت مقضياً عليه، وإذا صار الميت مقضياً عليه صار الموصى له مقضياً عليه؛ لأن الموصى له بمنزلة أحد الورثة، وإن كان القاضي قضى بوصية الأول، ولم يدفع إليه شيئاً حتى خاصمه الثاني، والوارث غائب، فإن خاصمه إلى ذلك القاضي بعينه جعله خصماً؛ لأن ذلك القاضي عرف أن ثلث التركة ملك الموصى له الأول، إلا أنه أمانة في يد الوارث ويد الأمين كيد المالك، فصار من حيث التقدير كأنه في يد الموصى له الأول، وإن خاصمه إلى قاض آخر لم يجعله خصماً؛ لأن الثاني يدعي نصف الثلث لنفسه، ولم يعرف هذا القاضي كون الثلث في يده لا من حيث الحقيقة،

---

(1) هكذا في ظ و م وتاتار، وفي الأصل و ف: وصيتهم.

(2) وفي ف: معدم.

ولا من حيث الحكم، ولو ثبت ذلك إنما يثبت بإقرار الموصى له الأول، فإنه يقول: الثلث ملكي، وهو أمانة في يد الوارث. إلا أنه بهذا الإقرار لا يصير خصماً؛ لأن في الحقيقة هذا دعوى على الوارث، فلا يصدق في ذلك، وإذا لم يصدقه القاضي في ذلك، لم يثبت ما يوجب كونه خصماً.

ولو كان الموصى له الأول هو الغائب والوارث حاضر، ولم يدفع القاضي إلى الموصى له الأول شيئاً، فالوارث خصم للموصى له الثاني، وإن خاصمه الثاني إلى قاضٍ آخر؛ لأن القاضي إنما يجعل الوارث خصماً عن الميت لكونه خلفاً عنه، والقاضي الثاني عالم بذلك، وأما الموصى له إنما يصير خصماً لكون المال في يده إما حقيقةً أو حكماً، والقاضي الثاني لا يعلم بذلك، وهذا كله إذا أقر الموصى له الأول، بأن المال الذي في يديه بحكم الوصية من الميت، أو كان ذلك معلوماً للقاضي

أما إذا لم يكن شيء من ذلك، والأول يقول: هذا مالي ورثته عن أبي، والميت ما أوصى إلي بشيء، وما أخذت من ماله شيئاً، فإنه يكون خصماً للموصى له الثاني بمنزلة ما لو ادعى رجل عبداً في يدي رجل أنه اشتراه من فلان، وقال ذو اليد: هو عبدي ورثته من أبي، فإنه يكون خصماً للمدعي، ويقضي عليه ببينة المدعي، كذا ههنا

فإن قال: هذا المال وديعة عندي من جهة فلان الميت الذي يدعي الثاني الوصية من جهته، أو قال: غصبته منه، فلا خصومة بينهما؛ لأنهما تصادقا أن هذا المال وصل إلى الموصى له من جهة الميت، وكان بيده يد وديعة، أو يد غصب، وأياً ما كان لا يكون يد خصومة في حق من يدعي تلقي الملك فيه من جهة المالك، كما في مسألة الشراء إذا ادعى الذي في يديه العبد أن العبد[1] وديعة، أو غصب لفلان الغائب الذي ادعى المدعي الشراء من جهته، فإنه يندفع عنه الخصومة، وإن قال: هو وديعة عندي من جهة فلان، يعني به رجلاً آخر غير الموصي، أو قال: غصبته منه، فهو خصم إلا أن يقيم بينة على ما قال؛ لأنه انتصب خصماً بظاهر اليد، فبمجرد دعواه أن يده يد وديعة أو يد غصب لا تندفع عنه[2] الخصومة، وكان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: لا تندفع الخصومة

---

(١) وفي الأصل: "إن العبد الذي في يده وديعة".

(٢) وفي ظ: "عنه".

في هذه الصورة، وإن أقام البينة، وقاسه على ما إذا ادعى عيناً في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وهو يملكه، وذو اليد ادعى أن فلاناً آخر غير ذلك الغائب أودعه إياه، فإن هناك لا يندفع عنه الخصومة؛ لأن المدعي يدعي تلقي الملك من جهة الغائب، ولم يدع ملكاً مطلقاً، فلم تندفع عنه الخصومة، فههنا يجب أن يكون كذلك.

١٧٠٦٣ - رجل هلك، وترك مالاً ووارثاً واحداً، فأقام رجل بينة أن له على الميت ألف درهم دين، فقضى القاضي له على الوارث، ودفع إليه ألف درهم، وغاب الوارث، فحضر غريم آخر للميت، وادعى عليه ألف درهم، فإن الغريم الأول لا يكون خصماً للغريم الثاني، فرق بين الغريمين وبين الموصى لهما، فإن هناك إذا قضى القاضي للموصى له الأول بالثلث، ودفع إليه الثلث، فحضر الثاني، فالأول ينتصب خصماً للثاني.

والفرق: أن المستحق للموصى له بالثلث عين التركة، ولهذا يبطل الوصية بهلاك التركة، ولهذا لو أراد الوارث أن يعطي له الثلث من ماله، لا يكون له ذلك إلا برضا الموصى له، ولما كان المستحق عين التركة كان الثاني مدعياً بعض ما في يد الأول لنفسه من جهة الميت، فانتصب الأول خصماً للثاني بحكم يده، فأما الغريم فلا يستحق عين التركة، ولهذا لو أراد الوارث أو الوصي بعد ثبوت دينه قضاء دينه من مال آخر، كان لهما ذلك من غير رضا الغريم، وكذلك لا يبطل حقه بهلاك المال، وإنما حقه في ذمة من عليه الدين، وهو الميت غير أن بعد موته يتعين تركته للقضاء منه لا أن يكون حقه في عين التركة، وما كان هكذا لابد من إثبات الدين في ذمة الميت ليتعين تركته للقضاء.

وفي دعوى الدين على الميت الخصم وارثه أو وصيه دون الغريم، ولو كان الغريم الأول هو الغائب، فأحضر الثاني وارث الميت، كان خصماً له؛ لأنه نائب عن الميت فيما يدعي على الميت فأمكن جعله خصماً بطريق النيابة عن الميت، أما الغريم فليس بنائب عن الميت حتى يجعل خصماً بطريق النيابة عن الميت، ولا يمكن جعله خصماً بطريق الأصالة؛ لأنه لا يدعي شيئاً لا في ذمته ولا في يده على ما مر، ثم إذا قضى القاضي على الوارث، وقد ترى ما أخذه الوارث، رجع الغريم الثاني على الغريم الأول، فأخذ منه نصف ما قبض، ثم يتبعان في الوارث بما بقي لهما؛ لأن الثابت بالبينة

فإن دفع القاضي الجارية إلى الأول، ثم غاب الموصى له، وحضر الوارث، لم ينتصب الوارث خصماً للموصى له الآخر خاصمه إلى القاضي الأول أو إلى غيره؛ لأن المدعى به الجارية، والجارية ليست في يد الوارث، لا حقيقة ولا حكماً، والوارث إنما يصلح خصماً فيما يصلح المورث خصماً حال حياته، والمورث لا يصلح خصماً في حال حياته فيما زال عن ملكه ويده، فكذا الوارث، بخلاف ما إذا كان الثاني يدعي وصية بالثلث، وأحضر الوارث حيث يصير خصماً؛ لأن هناك المدعي يدعي لنفسه شركة فيما في يد الوارث على ما مرّ، فينتصب الوارث خصماً في إثبات سببه عليه، أما ههنا فبخلافه، وإن كان القاضي قضى للأول بالجارية فلم يدفعها إليه حتى خاصم الثاني الوارث، فإن خاصمه فيها إلى القاضي الأول، لم يجعله خصماً؛ لأن القاضي عرف كونه لغيره، وعرف كون الوارث أميناً فيها، ويد الأمين لا تكون يد خصومة، وإن خاصمه إلى قاضٍ آخر جعله خصماً؛ لأن القاضي الثاني لم يعرف كونها لغيره، وكون الوارث أميناً، بل عرف كونها في يده من التركة، فلا يصدقه في أنها لفلان، وأنه أمين فيها إلا ببينة يقيمها على ذلك، وإذا لم يصدقه قضى عليه، وصار الموصى له الأول مقضياً عليه؛ لأن الموصى له الأول يدعي تلقي الملك من جهة الميت، والميت صار مقضياً عليه بهذه البينة، فصار من يدعي تلقي الملك من جهة الميت مقضياً عليه أيضاً، بخلاف ما إذا ادعى رجل عيناً في يدي رجل ملكاً مطلقاً، وصاحب اليد ادعى أنه مودع فلان، ولم يقم البينة على ذلك، وقضى القاضي على صاحب اليد للمدعي، لا يكون ذلك قضاء على الذي ادعى صاحب اليد أنه أمينه؛ لأن هناك مودع صاحب اليد لا يدعي تلقي الملك من جهة المقضي عليه، وهو صاحب اليد، فاقتصر القضاء على صاحب اليد، أما ههنا بخلافه.

ثم القاضي إذا سمع بينة الثاني على الوارث في هذا الفصل، وهو ما إذا خاصمه الثاني عند قاضٍ آخر قضى للثاني بنصف الجارية، سواء شهد شهوده على الرجوع عن الأول أو لم يشهدوا على الرجوع، وهذا لا يشكل فيما إذا لم يشهدوا على الرجوع إنما يشكل فيما إذا شهدوا على الرجوع، والوجه في ذلك أن الموصى له الثاني أثبت الوصية لنفسه في العين، وهو استحقاق على الميت، والوارث خصم في ذلك، أما إثبات

هذه الألف، وأنّ الوارث قبض ذلك، فحينئذٍ يقضي القاضي للموصى له بكل هذه الألف؛ لأنه أثبت استحقاق كل الألف لنفسه بالبينة العادلة؛ فلو حضر الوارث بعد ذلك، وقال: لم أقبض من مال الميت شيئاً، لم يلتفت إلى قوله؛ لأنه صار مقضياً به عليه بوصول ألفي درهم إليه في ضمن ثبوت الألف ثلث التركة.

ولو كان مكان الموصى له غريمٌ يدعي ديناً على الميت، والمسألة بحالها؛ لم يكن الذي قبله المال خصماً، سواء كان صاحب اليد مقراً بالمال أو جاحداً، أما إذا كان مقراً، فلأنه لا ينتصب خصماً للموصى له في هذا الوجه مع أنه يدعي[1] شركة في العين، فلأن لا ينتصب خصماً للغريم، وإنه لا يدعي شركة في العين كان أولى، وأما إذا كان جاحداً؛ لأنه لا يدعي عيناً في يد صاحب اليد، وإنما يدعي ديناً على الميت، واستحقاق العين تابع له، فإذا لم يصلح خصماً في الأصل لم يصلح خصماً في التبع أيضاً، فإن أقام هذا المدعي بينة أن فلاناً مات، ولم يدع وارثاً ولا وصياً، يقبل القاضي بينته، وكان ينبغي أن لا تقبل هذه البينة؛ لأنها قامت على غير خصم، والجواب: لا، بل قامت على خصم، وهو القاضي؛ لأن الشهود لما شهدوا أنه لم يترك وارثاً، فقد شهدوا أن تركة الميت لجماعة المسلمين، فالمدعي يدعي حقاً في مال جماعة المسلمين، ولا يمكنه الخصومة مع جماعة المسلمين، فينتصب القاضي خصماً عن جماعة المسلمين، لكونه نائباً عن المسلمين، ولأنه يدعي بهذا وجوب نصب الوصي على القاضي حسبة، والقاضي فيما على نفسه يصلح قاضياً، وإذا قضى القاضي بهذه البينة ينتصب عن الميت وصياً، ويأمر المدعي أن يقيم البينة عليه بذلك الدين، فإذا فعل قبل بينته على الدين، وأمر الذي قبله المال بقضاء الدين إلى الغريم إن كان الذي قبله المال مقراً بذلك.

ثم عاد محمد رحمه الله إلى صدر المسألة، فقال: لو أن الموصى له أقام البينة أن فلاناً مات، ولم يدع وارثاً، وأوصى له بالألف التي قبل فلان وديعة أو غصباً، وقال الشهود: لا نعلم له وارثاً، والذي قبله المال مقر بالمال الذي قبله، فالقاضي يقضي بالمال للموصى له.

فرق بين هذا وبينما إذا كان للميت وارث، والفرق: وهو أنه إذا كان للميت

---

(١) وفي م: لا يدعي

وارث لا يمكن أن يجعل الموصى له بمنزلة الوارث؛ لما فيه من إبطال وراثة من جعله الشرع وارثاً في قدر الموصى به، وليس للعبد ولاية إبطال ما أثبته الشرع، فجعل الإيصاء ثمة تمليكاً، وجعل الموصى متملكاً على الميت بمنزلة الموهوب له والمشتري، فلم يمكن الموصى له نائباً عن الميت، فلا ينتصب المودع وانتصب خصماً له، فأما إذا لم يكن للميت وارث، فالموصى له يجعل وارثاً؛ لأن الموصى أقام مقام نفسه مما يتركه، وهذا هو تفسير الوارث، وأمكن جعله وارثاً؛ لأن جعله وارثاً لا يؤدي إلى إبطال ما أثبته الشرع، فجعل كالوارث، وقد بينا أن يد المودع لا تدفع خصومة الوارث، ولهذا قلنا إن الموصى له حال قيام الوارث لا يرد بالعيب بمنزلة المشتري والموهوب له، وفي حال عدم الوارث يرد بالعيب كالوارث.

استشهد فقال: ألا ترى أن الشهود لو شهدوا أن الميت أقر عند موته أنه أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره، جعلت الميراث له، وصار المودع خصماً له، وإن لم يثبت نسبه من أبيه جعله وارثاً، وأمكن جعله وارثاً لما لم يكن للمقر وارث، كذا ههنا.

١٧٠٦٦ - وذكر في الأقضية عن محمد: إذا مات الرجل، وقد كان أوصى إلى رجل، أي جعله وصياً وقبل الموصى الوصاية في حياته أو بعد موته، وجاء إلى القاضي يريد إثبات وصايته، فالقاضي ينظر فيه إن كان أهلاً للوصاية، يسمع دعواه إذا أحضر مع نفسه من يصلح خصماً له، قال: والخصم في ذلك وارث أو موصى له، أو رجل للميت عليه دين، أو رجل له على الميت دين، أما الوارث فلأن الموصى يدعي أن يده فوق يد الوارث في مال الميت ولياً وتدبيراً وتصرفاً، والوارث ينكر ذلك، فيكون خصماً له، وأما الموصى له فلأنه بمنزلة الوارث، وأما الغريم الذي للميت عليه دين فلأنه يدعي عليه حق استيفاء ما عليه من الدين للميت، وهو ينكر، وأما الغريم الذي للميت عليه دين، فقد قال بعض مشايخنا: إنه لا يكون خصماً له؛ لأنه لا يدعي عليه شيئاً، فكيف يكون خصماً له؟ وقال الخصاف: يكون خصماً له؛ لأنه يريد أن يدفع خصومته في الدين، وإنما يكون له ذلك بعد إثبات الوصاية، هذه الجملة من كتاب الأقضية.

١٧٠٦٧ - وفي "المنتقى" رواية إبراهيم رحمه الله: رجل مات وعليه دين، وأوصى بثلث ماله أو بدراهم مسماة لرجل، فأخذها الموصى له، ثم جاء الغريم والورثة

شهود أو غيب، وقدم الموصى له إلى القاضي، فالموصى له لا يكون خصماً، وأشار إلى أن الوصية متى حصلت بقدر الثلث، فالموصى له لا يعتبر بالوارث، وإذا حصلت الوصية بما زاد على الثلث، وصحت بقدر الثلث، فالموصى له خصم للغريم في هذه الحالة، ويعتبر الموصى له في هذه الحالة بالوارث؛ لأن استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث، والوارث ينتصب خصماً للغريم، ففي حق الوصي يجب أن يكون الجواب كذلك، وصاحب الأقضية ذكر الموصى له مطلقاً من غير فصل بين ما إذا كان موصى له بالثلث أو بالزيادة على الثلث، فيحتمل أن يكون المراد منه، إذا كان موصى له بالزيادة على الثلث.

نوع آخر

من هذا الفصل في المتفرقات:

١٧٠٦٨- في "المنتقى": رجل مات وله ابنان، أحدهما غائب، فادعى الحاضر أن له على أبيه ألف درهم دين، ولا مال للميت غير ألف درهم على رجل، فإني أقبل بينة الابن الحاضر في إثبات الدين على الأجنبي، ولا أسمع بينته على أبيه بدينه؛ لأنه ليس معه خصم، ولا أقضي له من الألف التي قضيت على الأجنبي بشيء؛ لأنه يزعم أنه لا ميراث له، فأوقف الألف حتى يجيء الأخ.

١٧٠٦٩- وفيه أيضاً: رجل في يديه دار اشتراها وطلب الشفيع الشفعة، فقال المشتري: اشتريته لفلان، وأقام بينة أنه قال هذا القول قبل أن يشتريها، وأقام البينة أن فلاناً وكله بشرائها منذ سنة، قال: لا أقبل بينته؛ لأني لو قبلتها، ألزمت الغائب البيع.

١٧٠٧٠- وفيه أيضاً: رجل في يديه دار ادعاها رجل أنها له، وأقام الذي في يديه الدار بينة أن هذه الدار لفلان اشتراها من فلان هذا المدعي، ووكلني بها، فإني[١] أقبل بينته، وأجعله وكيلاً، وأدفع الخصومة عنه، ولا ألزم الغائب الشراء من هذا المدعي؛ لأن هذا أقام البينة على شراء الغائب، وعلى أن يده ليست بيد خصومة، والمدعي خصم له في أحدهما دون الآخر، فيقبل بينته عليه فيما هو خصم فيه، ولا تقبل بينته فيما ليس

(١) وفي ظ: فأنى.

يخصم فيه .

١٧٠٧١ - وقال أبو يوسف رحمه الله : رجل في يديه دار، ادعى رجل هذه الدار، وقال : الدار لي اشتراها فلان الغائب منك لأجلي، وجحد الذي في يديه الدار البيع، قال : أقبل بينة المدعي عليه[1]، وكذلك لو كان المشتري حاضراً منكراً للشراء، وهذا بمنزلة رجل ادعى داراً في يدي رجل، وقال : اشتريتها من فلان، وكان فلان اشتراها منك . قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا ادعى أنه اشتراها من فلان، وفلان اشتراها من الذي هي في يده قبلت بينته . وقال أبو يوسف رحمه الله : لو قال الذي في يديه قد كنت بعتها من فلان الذي تزعم أنك وكلته بالشراء لك، وفلان غائب، فلا خصومة بين المدعي وبينه، وكذلك لو قال : قد كنت بعتها من فلان الذي تزعم أنك اشتريتها منه، وهي في يدي حتى يدفع الثمن، أو قال : أودعنيها

١٧٠٧٢ - ولو أن رجلاً جاء بصك باسم فلان غيره على رجل إلى ذلك الرجل، وقال : هذا المال الذي في هذا الصك باسم فلان عليك قد أقر لي به فلان ولي البينة بذلك، فإن أنكر المدعى عليه أن يكون لفلان الغائب عليه شيء، فهو خصم، أقبل بينة هذا المدعي، وأقضي له بالمال، وإن أقر المدعى عليه بالمال للرجل الذي الصك باسمه، فإني لا أقبل بينة هذا على الغائب الذي الصك باسمه، فإنه أقر بأن المال له حتى يحضر . هذا هو قول أبي يوسف، وروي عن أبي حنيفة : أنه قال : لا أقبل بينته، وإن أنكر المدعى عليه أن يكون لفلان الغائب عليه شيء .

١٧٠٧٣ - ذكر عن ابن سماعة في "الرقيات" : أنه كتب إلى محمد بن الحسن رحمهما الله في رجل ادعى داراً في يدي رجل، وقال هذه الدار كانت لفلان بن فلان الفلاني، وأنه باعها من فلان ابن فلان الفلاني بألف، وأنا شفيعها وأريد آخذها بالشفعة، وقال الذي في يديه هي داري لم يملكها فلان وفلان قط، وأقام المدعي عليه بينة على ما ادعى من ذلك، قال : أما في قولي وهو قياس قول أبي حنيفة : فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري إن كان قبض الدار من البائع، وحتى يحضرا جميعاً إن لم يكن المشتري قبض الدار . وأما في قول أبي يوسف . فالذي في يديه الدار خصم،

---

(١) هكذا في ظ وف وب، وكان في الأصل "المدعي" .

ولو كان مكان المرتهن، أو المستأجر رجل يدعي ملك الدار، ويزعم أنه اشتراها من صاحب الدار منذ شهر قبل شراء الذي الدار في يديه، فإنه خصم يقضى له بالدار، وينقض البيع الثاني. وإن كان شهود المدعي لم يشهدوا على قبض البائع الثمن، فإن الحاكم يأخذ منه الثمن، فيكون عنده للبائع، ويسلم الدار.

١٧٠٧٨ - قال هشام: سألت محمداً عن رجل اشترى منه جارية، ونقده الثمن، وقبضت الجارية، فاستحقها منه إنسان ببينة، وقضى القاضي بها للمستحق، فحضرت الذي باعنيها، فقال البائع: لي البينة على أن الذي استحقها منك باعنيها، وأتى بها لي. فالقاضي يخيّر المشتري إن شاء ولي الخصومة بنفسه، وإن شاء رد بالثمن على البائع، وإن قال المشتري: أقف أمري، وولي البائع الخصومة بنفسه، ليس له ذلك.

١٧٠٧٩ - رجل أقر بدار في يديه أنها لفلان، سمى رجلاً غائباً غيبة منقطعة، وأنه أمر فلاناً أن يحفظها على المقر له، ثم إن ذلك الرجل جعلها على يدي، وقد مات، فإن المجعول بيده[1] يكون خصماً لكل من ادعاها إلا أن يقيم البينة على أن الغائب فلان بن فلان، وقد اشتراها من رب الدار، ودفعها إلى الذي دفعها إلى هذا الذي هي في يديه وغاب، فإذا أقام على ذلك بينة، فلا خصومة بينه وبين المدعي، قال: ولا أجعله وصياً إلا فيها خاصة في قول محمد، فأما في قياس قول أبي حنيفة: ينبغي أن يكون وصياً في كل شيء.

١٧٠٨٠ - رجل ادعى رجل أن له على فلان ألف درهم، وأنه مات قبل أن يؤديها إليك[2]، وأن له في يديك من ماله ألف درهم، وطالبه بقضاء الدين من ذلك المال: فالقاضي لا يسمع دعواه، ولا تقبل بينته، ولو طلب من القاضي أن يحلف المدعى عليه، فالقاضي لا يحلفه، وهذا لأن الدعوى إنما تسمع على الخصم، والمدعى عليه ليس بخصم له في هذه الصورة؛ لأنه لا يدعي عليه، ولا في يديه شيئاً، وإنما يدعي ديناً على الغير، وإنه ليس بخلف عن ذلك الغير؛ ليسمع الدعوى عليه بطريق

(١) هكذا في ط، وكذا في الأصل وف، وم: بيده حتى يكون خصماً.

(٢) هكذا في الأصل، وكذا في م، وم: إليه.

الخلافة ، فلا يسمع دعواه ، وإذا لم يسمع دعواه ، لا يسمع بينة ، ولا يحلف المدعى عليه

١٧٠٨١ - رجل ادعى عمامة في يدي رجل رفاء ، وقال : هذه عمامتي بعثت بها على يدي تلميذي إليك لتصلحه ، وأنكر الرفاء أن يكون العمامة للمدعي ، لا تصح هذه الدعوى من هذا المدعي ؛ لأنه أقر أن العمامة وصلت إلى يد الرفاء من جهة الغير ، فلم يكن يد الرفاء يد خصومة بحكم إقراره ، هذا إذا استحق مال المضاربة ، فإن كان فيه ربح ، فالمضارب خصم بقدر حصته من الربح ، ولا يشترط حضرة رب المال ، وإن لم يكن فيه ربح ، فالخصم رب المال دون المضارب ، وإن كان مال المضاربة ألفا ، فاشترى المضارب بها عبدين أو جاريتين قيمة كل واحد منهما ألف ، فإن ههنا لا يظهر الربح ، ويكون الخصم فيها رب المال ، ويشترط حضرته عند استحقاقهما ، وعند استحقاق أحدهما .

١٧٠٨٢ - هشام قال : سمعت محمداً يقول في رجل على طريق من طرق المسلمين نافذ ، فبنى فيه أو زرع ، ثم خرج ودفعه إلى إنسان ، فجاء أهل الطريق ، وخاصموه ، فأقام الذي في يديه بينة أنه في يدي فلان وكنه به ، ودفعه إليه ، قال : إن كان طريقاً ما يشكل ، ولا يعلم أنه طريق إلا ببينة ، فلا خصومة بينهم حتى يحضره الدافع ، وإن كان شيئاً لا يشكل ، فهو خصم

١٧٠٨٣ - ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله : رجل اشترى من آخر عبداً ، وقبضه ، ونقد الثمن ، فجاء رجل وادعى هذا العبد على المشتري ، فأقر المشتري بالعبد للمدعي ، أو أقر أنه حر الأصل ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال : إقراره جائز ، وليس له أن يخاصم البائع ببينة يشهدون أنه حر الأصل ، يريد بهذا أن المشتري لو أقام بينة على البائع أنه حر الأصل ، ليرجع بالثمن على البائع ، لا تقبل بينته ، علل فقال : لأن هذه البينة إنما يشهد للعبد فلا أقبلها ، وكذلك لا يقبل من المشتري البينة على أن العبد ملك المقر له ، يريد به أن المشتري لو أقام البينة على أن العبد ملك هذا المدعي ليرجع بالثمن عليه ، لا تقبل بينته .

وقال أبو يوسف رحمه الله : إن اشترى المشتري العبد من المقر له بالملك ، وقبضه

جعله خصمًا للبائع من قبل أنه يطلب الثمن، والعبد في يديه يريد به أنه بعد ما أقر المشتري بالعبد للمدعي لو اشتراه من هذا المدعي، وقبضه ثم خاصم البائع في ذلك، سمعت خصومته، وكذلك أقبل منه البينة أن العبد حر الأصل، وإن لم يحضر العبد يدعي الحرية بين يدي الحاكم، وإن لم يشتر العبد من المقر له بذلك، بل هو في ملكه، لم أقبل منه البينة على أن العبد للمدعي، وأقول في هذا مثل قول أبي حنيفة، قال: وإن جاء المدعي والبائع والمشتري، واختصما، فأقر المشتري بالعبد للمدعي، وقال: هذه البينة بينة المدعي أن العبد عبده، فإني أقبل منه البينة على البائع بهذا إذا كانوا جميعًا، وكذلك إن خاصم المشتري البائع في ذلك بعد ما دفع العبد إلى المدعي، فجاء المدعي يزعم أن العبد له، قال: لأني لا أدري لعله يكره أن يكون العبد له، وقال أبو يوسف: القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله في جميع ذلك، إلا أني استحسنت احتياطًا للناس في أموالهم.

١٧٠٨٤ - إبراهيم في نوادره عن محمد رحمه الله: رجل أعتق عبدًا، ومات الرجل، فجاء رجل وادعى أنه ابن الرجل الميت الذي أعتق، وليس للميت وصي، هل يكون هذا المعتق خصمًا؟ قال: إن كان أعتقه في حالة المرض يكون خصمًا، وإن كان أعتقه في حالة الصحة لا يكون خصمًا.

١٧٠٨٥ - بشر عن أبي يوسف: في رجل له على رجل مال، فأوصى به لرجل، ثم إن الذي عليه المال جحد المال، قال: الورثة يخاصمونه(١)، فإذا أراد القاضي أن يقضي لهم، قضى بها لصاحب الوصية، وأحاله بها من الثلث. وعنه أيضًا: تقبل بينة الوصي على وصية الميت إليه بحضور وارث مقر بالوصية إليه، أو طالب دين أو مطلوب بدين، أو صاحب وصية مقر بالوصية، وكذلك تسمع بينة مدعي الدين على الميت بحضور وارث مقر به، ويكون ذلك حكمًا على سائر الورثة.

١٧٠٨٦ - رجل في يديه دار، وهو مقر بأنها لفلان مات وتركها ميراثًا، وسمى الورثة، وبعضهم غيب، وادعى الشراء من الغيب حقوقهم، وسأل أن يترك ذلك في يده إلى أن يحضروا لم أتركه في يده، فإن أحضر بينة على الشراء، سمعت شهادتهم،

---

(١) وفي الأصل: "فقى فإذا أراد".

ولكن لا أنفذ البيع، ولا أقضي على الغائب، ولكن أترك ذلك في يده، وأستوثق منه كفيلاً حتى يقدم الغائب، فيستأنف الخصومة معه.

١٧٠٨٧- رجل وكل رجلين بخصومة رجل، فأقام المدعي على أحدهما شاهداً واحداً، وعلى الآخر شاهداً آخر، قال: هو جائز، وكذلك لو أقام على الوكيل شاهداً واحداً، وعلى الموكل شاهداً واحداً، وكذلك لو أقام على الحي شاهداً، وعلى الورثة بعد موته شاهداً.

هشام عن محمد: في رجل في يديه دار، قال صاحب اليد لرجل: هذه الدار لك ورثتها من أخيك فلان، وقال المقر له: لا، بل هذه الدار لرجل آخر ورثتها من أخيه، قضى بها للمقر له الآخر إذا كان كلام المقر له موصولاً، وجنس هذا في كتاب الإقرار، فإن غاب المقر له الأول، وجاء المقر له الآخر إلى الذي الدار في يديه، وأقام البينة عليه بإقراره للغائب، وبإقرار الغائب له، لا تقبل بينته.

١٧٠٨٨- إبراهيم عن محمد: رجل باع داراً من رجل ولم يدفعها إلى المشتري حتى غصبها غاصب، فمن يكون الخصم فيها؟ قال: إن كان المشتري نقد الثمن، أو كان الثمن إلى أجل، فالخصم هو المشتري؛ وإن كان المشتري لم ينقد الثمن، فالخصم هو البائع.

١٧٠٨٩- هشام عن محمد: رجل أجر داراً من رجل، وقد علم القاضي بذلك، ثم إن المستأجر غاب، ووكل رجلاً بالدار بشهادة شهود، فقدم رب الدار الوكيل، وادعى أنها داره، فادعى الوكيل الوكالة، وقال: لي بينة على ذلك، قال: لا أقبل بينة الوكيل، قال هشام: وإنما ذلك لعلم القاضي به.

١٧٠٩٠- رجل اشترى شيئاً بميتة أو دم أو خمر أو خنزير، وقبض المشتري، ثم جاء مستحق، واستحق المشتري بالبينة، ففي الشراء بالميتة والدم لا يكون المشتري خصماً، ولا يسمع البينة عليه، وفي الشراء بالخمر والخنزير يكون المشتري خصماً، ويسمع البينة عليه.

١٧٠٩١- قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل اشترى من آخر إبريق فضة بدينارين، وقبض الإبريق، ونقد ديناراً واحداً، ثم تفرقا قبل أن ينقد الدينار الآخر حتى

العقد في نصفه بسبب فاسد، وفي نصفه بسبب صحيح، كما في مسألة الإبريق، إلا أن الفساد هنا لمكان الجهالة، وفي مسألة الإبريق لمكان الافتراق قبل قبض بعض الصرف، أما فيما عدا ذلك هذا والأول سواء، ولا يتعدى الفساد إلى النصف الثاني عند أبي حنيفة، وإن كان الفساد في أحد النصفين بسبب مقارن للعقد، إلا أن الفساد المقارن ههنا غير متقرر، ولهذا لو أسقطا الأجل بقي العقد صحيحاً، وإنما تقرر عند حلول الأجل، فكان الفساد طارئاً معنى، وإن كان مقارناً صورة.

١٧٠٩٣- ولو اشترى نصف عبد من رجل، وأودعه البائع النصف الآخر، وغاب البائع، ثم جاء رجل وادعى نصف العبد، وأقام بينة، وأقام ذو اليد بينة على أنه اشترى من فلان نصفه، وأودعه فلان بقيته نصفه، لم تصح الدعوى، ولم يصر المشتري خصماً؛ لأنا لو صححنا هذه الدعوى احتجنا إلى إبطال البينة، ولو جعلنا المشتري خصماً في الابتداء أخرجناه من أن يكون خصماً في الانتهاء.

بيانه: أنا لو قضينا عليه بالنصف تبين أن العبد كان مشتركاً بين البائع وبين المستحق، وإن بيع البائع انصرف إلى نصيبه، والإيداع في النصف المقضي به، وبيد الوديعة ليست بيد خصومة، ولو كان اشترى نصف العبد من رجل، وأودعه رجل آخر نصف العبد، والمسألة بحالها، كان ذو اليد خصماً في ربع العبد؛ لأنا إذا جعلناه خصماً في الربع في الابتداء لا نخرجه من أن يكون خصماً في الانتهاء.

بيانه: هو أنا إن صححنا هذه الدعوى ظهر أن العبد كان بين المستحق وبين البائع والمودع أرباعاً، النصف للمستحق، والربع لكل واحد منهما، فينصرف بيع الذي باع في الربع إلى ما يملكه، فإذا أقام ذو اليد بينة أن فلاناً باعه نصفه، وفلاناً آخر أودعه نصفه، ودعوى المستحق وقعت فيهما على سبيل الشيوع، كان الاستحقاق وارداً على نصف ما ورد عليه البيع، وعلى نصف ما ورد عليه الإيداع، فينتصب المشتري خصماً فيما ورد عليه الاستحقاق من المبيع، وذلك قدر الربع، لا فيما ورد الاستحقاق عليه من الوديعة، فلهذا كان المشتري خصماً في نصف ما اشترى، وهو الربع، فإذا حضر البائع كان خصماً للمستحق في الربع الآخر، ويرجع المشتري على بائعه بنصف الثمن؛ لأنه لم يسلم له من المبيع إلا نصفه

١٧٠٩٤ - ولو أن رجلاً اشترى من رجل نصف عبد، ثم اشترى منه نصفه الآخر أحدهما صحيح والآخر فاسد، أو كانا صحيحين، أو كانا فاسدين، ثم جاء رجل وادعى نصف العبد، وأقام البينة، فالمشتري خصم له، ويقضي القاضي عليه بالنصف الثاني، يعني النصف الذي ورد عليه البيع الثاني؛ لأن المدعي لما أقام البينة ظهر أن العبد كان بينه وبين البائع نصفين، وأن البيع الأول انصرف إلى ملك البائع، صحيحاً كان أو فاسداً، وانصرف البيع الثاني إلى نصيب المستحق، وصاحب اليد يدعي الملك في هذا النصف الثاني، وكان خصماً لمن نازعه، ولو كان البيع الأول صحيحاً، والبيع الثاني بميتة أو دم أو خمر، لم يكن بينهما خصومة حتى يحضر البائع؛ لأن المشترى بدم أو خمر أو ميتة غير مملوك بالاتفاق، وإنما اختلفوا في أنه مضمون أو أمانة.

قال أبو حنيفة: هو غير مضمون، وقال محمد رحمه الله: هو مضمون، ولما كان هكذا، فالمشتري لا يدعي الملك لنفسه في النصف المشترى بالميتة والدم والخمر، فلا يكون خصماً لمن نازعه، بخلاف الوجه الأول على ما مر.

١٧٠٩٥ - وإذا ادعى على امرأة أنها أمته، وهي تحت زوج، والزوج غائب، فدعواه صحيحة، ولا يشترط حضرة الزوج.

١٧٠٩٦ - ذكر في آخر "الجامع" مسائل في بعضها جعل المولى خصماً عن عبده، وفي بعضها لم يجعله خصماً عن عبده، فقال: رجل ادعى على رجل أنه قطع يد عبده فلان خطأً، وله عليه نصف قيمته، وذلك خمسمائة مثلاً، وادعى أنه زوج أمته فلانة منه، ولها عليه المهر، والعبد والأمة حيان غائبان، فقال المدعى عليه: نعم، لكن لا أعطيك الأرش والمهر مخافة أن يحضر العبد والأمة، فينكران الملك لك، فيضمناني، فالقاضي يلزمه المهر والأرش بإقراره؛ لأنه أقر له بالملك واستحقاق اليد، أما الملك فلأن ملك الرقبة يوجب ملك الأرش والمهر لا محالة، إذ يستحيل أن يكون العبد والجارية مملوكان لإنسان وأرش اليد والمهر لغيره، وأما استحقاق اليد فلأن اليد على أجزاء العبيد[1] والإماء للموالي لا للعبيد والإماء، ألا ترى أن من ادعى حقاً في عبد إنسان، فالعبد لا ينتصب خصماً له، وإنما ذلك للمولى، ألا ترى أن في عين مسألتنا حق

---

(١) وقعت في الأصل وف، م: "على أجزاء" وكان في ظ: "على أجزاء العبيد... إلخ".

الخصومة في الأرش والمهر للمولى، وإن كان على العبد والأمة دين، بدليل أنه لو كان الأمر معاينًا، فالمولى هو الذي يقبض ذلك، ويسلم إلى الغرماء، فيثبت أنه أقر بالملك واستحقاق اليد للمولى في الأرش والمهر، فيؤمر بالتسليم إليه كما في سائر الأعيان، وكذلك الجواب فيما إذا كان المهر عرضًا من العروض؛ لأن المعنى لا يتفاوت.

وإن كان للعبد وديعة ألف درهم عند هذا الرجل، أو غصب هذا الرجل ألف درهم من هذا العبد، أو كان للعبد ألف درهم على هذا الرجل من قرض أو بيع، فأقر الذي عنده المال الذي دفع إليه المال عبد هذا الرجل، وصدقه المقر له، لا سبيل للمقر له على ذلك المال؛ لأن المقر لم يقر له لا بالملك، ولا باليد إما بالملك؛ لأنه ليس من ضرورة كون العبد الدافع ملكًا له أن يكون ما في يده ملكًا له، لجواز أن يكون وديعة أو غصبًا عند العبد، ولجواز أن يكون وكيلًا فيما باعه، أو أقرضه بخلاف الوجه الأول؛ لأن من ضرورة كون الذات ملكًا لإنسان أن يكون الأرش والمهر ملكًا له، وكذلك لم يقر له باليد؛ لأن ما في يد العبد من المال لا يعتبر فيه يد المولى، وإنما يعتبر فيه يد العبد، ولهذا كان العبد هو الخصم، دون المولى، بخلاف الوجه الأول على ما مر.

وكذلك لو قال الذي في يديه أن هذا المال مال هذا الرجل غصبه منه عبده، ودفعه إليه، وصدقه بذلك المقر له، فلا سبيل للمقر له على المال حتى يحضر العبد؛ لأنهما تصادقا على وصول هذا المال إليه من قبل العبد، فكانت يد العبد ثابتة بتصادقهما، فلا يصدقان على إبطال يد العبد، وإثبات الحق فيه للمقر له.

وكذلك إن أقر رجل أن فلانًا أمر عبده ببيع أمة له، فباعها بألف، ولم يقبض الثمن، وصدقه رب العبد بذلك لم يجبر على دفع الثمن إلى المولى؛ لأن المقر مع المقر له لما تصادقا على أن العبد هو الذي باع، فقد أقرا أن الخصم في الثمن هو العبد دون المولى لما عرف أن حقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان العاقد من أهل التزام الحقوق والمأذون أهل لذلك، فصح أنهما أقرا أن الخصم في الثمن هو العبد دون المولى، فلا يكون للمولى ولاية الأخذ، هذا كله إذا كان المال قائمًا في يد المقر، وإن كان مستهلكًا بأن قال المقر له: إن عبدك فلان أغصبك ألف درهم، فاستودعنيها، فاستهلكتها، أو غصبتها منه، واستهلكتها، أو قال: أقرضه مني وصدقه المقر له، فللمقر له أن يأخذه

بالمال.

فرق بين هذا وبينما إذا كان المال مستهلكًا بعينه، وباقي المسألة بحالها حيث لم يكن للمولى أن يأخذه بذلك. والفرق: هو أن المال إذا كان قائمًا بعينه، وقد أقر بالغصب والوديعة من عبد فلان، فقد أقر أن للغاصب حق استرداد هذا العين، والعبد لو حضر كان حق الاسترداد له، فلو دفعها إلى المقر له هذا العين، فقد أبطلنا حق الغائب في الاسترداد، وثبات هذا الإقرار متضمنٌ إبطال حق العبد. فلا يصح. أما المال إذا كان مستهلكًا: فقد انتقل حق الغائب عن العين، وانتقل إلى مثله دينًا في الذمة، فلم يصر مقرًا للمولى بحق فيه حق للغائب، وإنما صار مقرًا بتمليك المقر له دينًا في الذمة، وذلك خالص ملكه، وكان مقرًا للمولى بما لا حق للغائب فيه، فيصح. فإن قدم الغائب، وأنكر أن يكون عبدًا لفلان، وأن يكون غصب فلانًا شيئًا، كان القول قوله؛ لأنه أنكر الرق، والأصل في الآدميين الحرية، وكان الظاهر شاهدًا له، فقبل قوله. وإذا جعل القول قوله، كان له أن يضمن المقر مثل المال الذي أقر بقبضه؛ لأن المقر مقر بأن وصول المال إليه كان من جهة الذي حضر، وأنه ضمن له بالاستهلاك، غير أنه يدعي عليه أن الأصل الملك لغيره، ولم يصدق في هذه الدعوى لما حكم بحرية الغائب، فلهذا كان عليه الضمان، ثم هل يرجع المقر على المقر له؟ فيما إذا أخذ المقر له من المقر الأرش والمهر ثم قدم الغائب، وأنكر أن يكون مملوكًا للمقر له يرجع، وفيما عداه لا يرجع

والفرق: وهو أن حرية الغائب وإن ثبت بقوله، فيها الأرش[1] فهي لم تثبت بالبينة. وحرية الغائب لو ثبتت بالبينة، فيما عدا الأرش والمهر يكون سالمًا للمقر له؛ لجواز أن يكون الغائب حرًا، والمال الذي دفع إلى المقر للمقر له، فلم يظهر بهذا فساد الإقرار. فصار الحال بعد الحكم بالحرية كالحال قبل الحكم بها، أما لو ثبت حرية الغائب بالبينة، فالأرش والمهر لا يكون سالمًا للمقر له، إذ لا يكون الغائب حرًا، وأرشه ومهره لغيره، فيظهر به فساد إقرار المقر، فكذا إذا ثبت بقوله. ولو قال: إن عبد فلان أقرضني ألفًا قد غصب من مولاه، وصدقه المقر له في ذلك، والمال قائم بعينه، كان للمولى أن يأخذه بذلك.

---

(١) هكذا في ظ، ب، وكان في الأصل: الأرش.

فرق بين هذا، وبينما إذا قال: غصبت من عبد فلان، أو قال: استودعنيه[1]، وصدقه المولى بذلك، والمال قائم بعينه، حيث لم يكن للمولى عليه سبيل. والفرق: وهو أن في الغصب والوديعة حصل مقراً للمولى بعين فيه حق الغائب، وهو حق الاسترداد على ما مر، فلا يصح الإقرار. أما في القرض لم يقر للمولى بمال فيه حق الغائب، إذ لم يقر أن للغائب حق في هذا المال بعينه؛ لأنه زعم أن ملكه المال ببدل، وانقطع حقه عن العين؛ لأن القرض وضع للملك، فلم يحصل مقراً للغائب بحق في هذا المال، فصار مقراً للمولى بشيء ليس للغائب فيه حق فيصح. هذا كله إذا أقر المقر أن الغائب عبد المقر له، فأما إذا قال المقر للمقر له: لا أدري أن الغائب عبدك أم لا، فأقام المدعي بينة أن الغائب ملكي، لم تقبل بينته حتى لا يقضى له على المقر بشيء ما لم يحضر العبد؛ لأن هذه بينة قامت لإثبات الملك في الغائب، وهو العبد، والعبد منقول، وإثبات الملك بالبينة فيما يحتمل النقل إلى مجلس القضاء حال غيبته لا يصح، ولأن هذه بينة قامت للقضاء بها على الغائب، والمقر ليس بخصم عنه؛ لأن العبد الغائب ليس في يد المقر لا حقيقة ولا حكماً.

ومن ادعى حقاً في عبد، فإنما يكون خصماً للمدعي من كان العبد في يده حقيقة أو حكماً، وإذا لم يقبل هذه البينة، لا يقضى على المقر بشيء؛ لأنه لو قضى إنما يقضي بإقراره، وهو لم يحصل مقراً للمدعي بشيء حين قال: لا أدري أن الغائب عبدك أم لا، فإن أراد المدعي استحلاف المدعى عليه في هذا الفصل، وهو ما إذا قال المدعى عليه للمدعي: لا أدري أن الغائب عبدك أم لا، قال: لا يستحلفه القاضي على ملك الغائب؛ لأنه ليس بخصم في ذلك عن الغائب، ولكن يستحلفه على المهر والأرش والوديعة المستهلكة، والغصب المستهلك والقرض المستهلك، والقائم بالله ما للمدعي قبلك هذا المال الذي يدعي؛ لأنه ادعى عليه معنى، لو أقر به يصح إقراره على ما مر، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول. أما في المال الذي كان قائماً في يد المقر، وكان المقر أقر أن الغائب أودعه أو غصبه هو من الغائب، لا يستحلف، فكذا لا يستحلف في دعوى ثمن الجارية؛ لأنه لو أقر صريحاً في هذه الأشياء لا يصح إقراره لما أن إقراره صادف محلاً تعلق به حق الغير على ما مر، فلا يفيد الاستحلاف الذي شرع لرجاء النكول.

---

(١) في الأصل: استودعنا.

ولو قال الذي في يديه المال: المال في يدي مالك؛ لأني غصبتها من عبدك، أو أودعنيها عبدك، وقال المقر له: المال مالي، ما أخذته من عبدي، وأبى أن يدفع المال إلى المولى، كان للمولى أن يأخذها إلا أن يقيم المقر بينة على ما زعم؛ لأن إقراره بالملك للمدعي يوجب التسليم إليه، غير أنه بدعوى الغصب والوديعة من العبد يريد إبطال استحقاق التسليم إلى المقر له إلى أن يحضر العبد، ولا يصدق من غير بينة، ولم يذكر في الكتاب أن المقر له، هل يحلف إذا لم يكن للمقر بينة؟ قالوا: وينبغي أن يستحلف بالله ما يعلم أن العبد أودعه أو غصب هو هذا المال من الغائب؛ لأن المقر له لو أقر بذلك لزمه الكف عن مطالبته، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، ولكن يستحلف على العلم؛ لأن هذا استحلاف على فعل الغير، فإن لم يكن بينة، وقبض المولى المال، ثم حضر الغائب، وجحد أن يكون عبداً للمولى، ففي الغصب، القاضي يقضي للذي حضر على المقر بمثل ما أقر أنه غصبه، سواء سلم المقر المغصوب إلى المقر له بقضاء أو بغير قضاء.

وفي الوديعة كذلك الجواب عند محمد، وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يضمن شيئاً إلا أن يكون سلمه بغير قضاء، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن قال: هذا العبد في يدي لفلان، ثم قال بعد ذلك: لا، بل لفلان، غصبتُه منه، أو أودعني، ودفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء، فهو على التفاصيل الذي قلنا، والمسألة بحججها في الجامع الكبير في كتاب الإقرار. فإن أراد الغائب في هذا الوجه أن يسترد المال من المقر له، ليس له ذلك بالإجماع؛ لأن الإقرار للمقر له قد سبق، فلا يبطل ذلك بمجرد إنكار الغائب، كما لو قال: هذا عبد فلان أودعنيه فلان.

وإن كان الذي في يديه المال بدأ، فقال: هذا المال أودعنيه عبدك، أو غصبته من عبدك، وهو مالك؛ لأن العبد عبدك، فماله لك، فقال المقر له: هذا عبدي كما قلتَ، وهذا المال مالي لم تأخذه من عبدي فلان، فإنه يُقال للمقر: أقم البينة على ما ادعيتَ، وإلا فهو للمقر له؛ لأن حق المقر له قد ثبت، وحق الغائب إنما يثبت على اعتبار تصديق الغائب، وذلك موهوم، فوجب التسليم إلى المقر له، فإن لم يكن له بينة، وطلب المقر يمين المقر له على ما زعم من الغصب والوديعة، استحلفه القاضي على ذلك على علمه على ما قلنا في الفصول الأول. فإذا حلف المقر في هذا الفصل، وأخذ المال، ثم حضر

الغائب، وأخبر أن يكون عبداً لمقر له، وطلب ماله، كان له أن يسترد الألف من المقر له، وهو المولى من غير بينة، بخلاف المسألة الأولى، فإن ثمة الغاصب لا يأخذ المال من المولى ما لم يقم البينة على الغصب والإيداع منه.

والفرق: وهو أن في المسألة الأولى المقر بدأ بالإقرار بالملك للحاضر، ثم ثنى بالإقرار للغائب، فتصديق الغائب وإن استند إلى وقت الإقرار لا يصير سابقاً على الإقرار للمدعي، فيبقى الحكم للإقرار الأول، ولهذا لم يكن للغائب ولاية الأخذ بدون الحجة، أما في مسألتنا بدأ بالإقرار للغائب، وإنما وجب التسليم إلى الحاضر لاحتمال الكذب من الغائب، فإذا صدقه الغائب استند التصديق إلى وقت الإقرار له، وذلك سابق، فلهذا صار الغائب أولى. ومتى استرد الغائب في مسألتنا المال الذي من المقر له، لا يضمن المقر (١) للمقر له شيئاً؛ لأن المقر يقول للمقر له: قد أقررت لك بعبدي، ودفعت إليك، وإنما استحق من يدك، فليس لك علي شيء.

فإن قيل: إنما استحق العين من يد المقر له بإقرار المقر للغائب، فصار المقر مستهلكاً العين على المقر له، فينبغي أن يضمن. قلنا: نعم الآن المقر أقر للغائب أولاً أنه له، وأنه غصب منه، وأقر المولى ثانياً، ولم يقر أنه غصبه منه، ومن أقر بعين في يده أنه لهذا، ثم أقر أنه لهذا، ودفع إلى الأول بقضاء، لا يضمن للثاني عندنا خلافاً لزفر، والمسألة في كتاب الإقرار من الجامع على سبيل الاستقصاء.

ولو قال المقر: هذا المال مال عبدك فلان، غصبته منه، أو أودعنيه، وقال المقر له: مالي لم يغصبه عبدي، فلا سبيل له على المال حتى يحضر الغائب، أو يقيم البينة أن المال له، بخلاف الفصلين الأولين؛ لأن في الفصلين الأولين أقر ذو اليد بالملك للمولى، لكن في الفصل الثاني في آخر كلامه وفي الفصل الأول في أول كلامه، فأمر بالتسليم إليه، أما ههنا لم يقر بالملك للمولى في هذا المال، إنما أقر أنه أخذه من فلان الغائب، وزعم أن فلاناً مالكه، وليس من ضرورة الإقرار بالمال له ثبات الإقرار بملك المال للمولى؛ لجواز أن يكون ما في يد العبد لأجنبي، ولم يوجد الإقرار بذلك المال للمولى في المال، وبقي مجرد دعوى المدعي، فلم يكن له ولاية الأخذ بدون

(١) هكذا في طبعتين، ونذر في الأصل: لا يضمن المقر له بإقرار المقر للمقر له شيئاً.

وهذا كله إذا كان العبد الغائب والأمة الغائبة حيين. فأما إذا كانا ميتين، فإن ادعى رجل في رجل مهر أمة له، أو أرش جناية على عبد له، أو وديعة لعبده في يديه، أو غصباً، أو ديناً من ثمن بيع، أو قرض، وادعى أن العبد قد مات، وصدقه المدعى عليه بذلك كله، فإنه يقضي للمدعي بذلك كله، ويؤمر الذي قبله بدفع المال إليه في الوجوه كلها. أما في الوجه الذي يلزمه التسليم حالة الحياة فلا يشكل، وأما في الوجه الذي لا يلزمه التسليم في حالة الحياة فلأنهما لما تصادقا على موت العبد، فقد تصادقا على وجوب التسليم إلى المقر له؛ لأن العبد إذا مات كان مولاه أحق بما كان في يديه في الوجوه كلها حتى يوصل كل حق إلى صاحبه، إذ لا يبقى للعبد ذمة بعد موته، وصار المولى كالخلف عن عبده بمنزلة خلافة الوارث عن المورث. فكما أنه لو ادعى الميراث عن ميت، وصدقه الذي قبله المال يؤمر بالتسليم إليه، فههنا كذلك بخلاف حال الحياة على ما مر.

فإن قال: يقر على العبد بدين محيط بماله، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن سبب ثبوت الحق للمولى قد ظهر بتصادقهما، والمانع وهو الدين لم يظهر بقول المقر؛ لأن هذا إقرار على عبد الغير، وذلك يستدعي قيام العبد، والتصديق من الميت لا يتصور. فإن أنكر الذي قبله المال جميع ما ادعاه المدعي، فأقام المدعي بينة على غصبه مالاً من عبده، وعلى أن عبده مات، تقبل بينته.

وكذلك في سائر الصور فرق بين هذا وبينما إذا كان العبد الغائب حياً، وأنكر الذي قبله المال أن يكون للغائب عنده، وأراد المدعي إقامة البينة على أن للغائب عنده، فإنه لا تقبل البينة، ولا يقضى للمدعي بشيء.

والفرق ما ذكرنا أن هذه بينة قامت على إثبات الملك في الغائب، وهو العبد، وإنه مقصود، وإثبات الملك بالبينة في المنقولات حال غيبته عن مجلس القضاء لا يصح. أما بعد الموت فنقل العبد إلى مجلس القضاء غير ممكن، فلم يعتبر ذلك شرطاً لصحة القضاء بالبينة. فهذا الفرق بينهما

وفرق آخر أيضاً ما مر أن العبد متى كان حياً، فبينة المدعي على أنه عبده قامت

على الغائب للقضاء بها، وليس عنه خصم حاضر؛ لأن الغريم ليس بخصم عنه على ما مر، وليس للقاضي أن ينصب عنه خصمًا مادام هو حيًا يرجى حضوره.

أما إذا كان ميتًا كان للقاضي أن ينصب عنه خصمًا فيما يدعى عليه إذا لم يكن له وصي، ولا وارث؛ لأنه لا يرجى حضوره، فلو لم يفعل ذلك أدى إلى تضييع حقوق الناس، وإذا كان للقاضي ذلك، كان جعل الذي قبله المال خصمًا -والمال في يده- أولى، وكانت هذه بينة قامت على خصم؛ فقبلت.

١٧٠٩٧- رجل في يديه مال، قال رجل لصاحب اليد: غصبني عبدك هذا المال؛ فأودعها إياك، وقال صاحب اليد: صدقت، لكن لا أردها عليك؛ لأني أخاف أن يجحد العبد أن تكون عندي؛ لا يلتفت إلى قوله، ويجبر على دفع الألف إليه، بخلاف ما تقدم من المسائل.

والفرق: أن فيما تقدم تصادقا أن الوصول إلى يد صاحب اليد كان من جهة الغائب، ويد الغائب لا تبطل بالتسليم إلى غير المولى، وهناك صاحب اليد غير مولى العبد، فيبطل حق المقر له صيانة لما تصادق عليه من يد الغائب، فأما هاهنا فقد تصادقا على بطلان يد العبد؛ لأن يد العبد تبطل بالتسليم إلى المولى ما لم يكن على العبد دين، أو ثبت أن ذلك المال مال الغير، ولم يثبت ذلك، ولهذا قالوا: إن العبد المأذون إذا أودع مولاه من كسبه، أو غصب مولاه شيئًا، ولا دين عليه، ثم تصرف العبد في المال الذي أودع مولاه، أو غصب منه مولاه، لا ينفذ، ولو كان حكم يد[1] العبد قائمًا، ولما تصادقا على بطلان يد العبد عن المال، صار هذا المال ملتحقًا بسائر أموال المولى، وكان هذا الإقرار مصادفًا مال نفسه، فصح وأمر بالتسليم إلى المقر له، فلهذا افترقا، فإذا دفعه إليه، ثم حضر الغائب، فأنكر أن يكون عبدًا للمقر، كان القول قوله، ويقضي القاضي له بالمال الذي أخذه المقر له إن وجده قائمًا؛ لأنهما كانا متصادقين على أن وصول هذا المال إلى ذي اليد من جهة الذي حضر، فإذا جعلنا القول قوله في إنكار الرق، لم يثبت لذي اليد في رقبته ملكًا؛ فتبين أنه كان يده في هذا المال يدًا معتبرة؛ لأن يد المودع قائمة مقام يد المودع، فظهر أن تصادقهما صادف محلًا تعلق به حق الغير، وأنه لم يصح، فيؤمر المقر

---

(١) وفي الأصل: ثبت.

له برد المال على الذي حضر إلا أن يقيم المقر له للحاضر بينة أن المال ماله، وإن كان المقر له استهلك ذلك المال الذي أخذه، فأراد الغائب أن يضمن المقر الذي كان في يديه المال، كان له ذلك؛ لأنه صار متلفاً له بإقراره للمدعي.

قال بعض مشايخنا: هذا على قول محمد، أما على قول أبي يوسف فليس له ذلك؛ لأنه أقر بالمال للمدعي بملك مطلق، ثم أقر بعد ذلك أن فلاناً أودعه، ومن أقر بملك مطلق لإنسان، ثم أقر بالوديعة لغيره، ودفع المال إلى الأول بقضاء يضمن للثاني عند محمد خلافاً لأبي يوسف، وبعض مشايخنا قالوا: لا، بل يضمن ههنا عندهم جميعاً؛ لأن المقر أقر للمدعي بملك مطلق، ثم أقر بعد ذلك أنه غصبه من غيره؛ لأن المولى حيث يودعه العبد لا يكون مودعاً حقيقة، بل يكون قابضاً لنفسه، وكان بمعنى الغاصب، فكأنه أقر للمدعي بملك المال، ثم أقر بعد ذلك بالغصب من الغائب.

وفي هذا الفصل: إذا دفع إلى الأول، يضمن للثاني عند الكل، إنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا أقر لإنسان بملك مطلق، ثم أقر بالوديعة من غيره، ودفع إلى الأول.

ولو قال المقر: هذا المال أودعنيه عبدي فلان، ولا أدري أهو له أم لا، فأقام المدعي بينة أن المال ماله، فالقاضي يقبل منه هذه البينة، ويدفع المال إليه؛ لأن المولى فيما أخذه من العبد على سبيل الوديعة لا يكون مودعاً، بل يكون قابضاً لنفسه.

ومن ادعى مالاً في يدي رجل، وذو اليد يزعم أنه مالك له ينتصب خصماً له، فإن حضر الغائب، وأنكر أن يكون عبداً للمقر أخذ ماله، ويقال للمدعي: أعد بينتك عليه، وإلا فلا حق لك؛ لأنهما تصادقا على أن وصوله إلى يده كان من جهة الذي حضر[1]، فإذا لم يثبت الملك للذي كان في يده في رقبة الذي حضر تبين أن يد صاحب اليد ما كانت يد حفظ لا يد خصومة، وظهر أن تلك البينة قامت على غير خصم، فلم تكن معتبرة، فأمر المقر له بإعادة البينة ثانياً.

وإن قال المقر: وهو الذي في يديه المال، هذا المال لك، أودعنيه فلان، وفلان ليس بعبدي، فأقام المدعي بينة أن فلاناً عبده، لم يكن بينهما خصومة، ولا تقبل بينته،

---

(١) كذا في ظ، وكان في الأصل وب وم عليه مكانه: حضر

أم لا خصومة بينهما ولأنهما تصادقا على أن الوصول إلى يد ذي اليد من يد غيره بطريق الوديعة، فالمدعي بعد ذلك بدعوى كون المودع ملكاً للمودع يدعي أن يده يد نفسه حتى يجعله خصماً، فلا يصدق على ذلك، وإنما لا يقبل بينته على كون الغائب ملكاً للمقر؛ لأن هذه البينة قامت على إثبات الملك في عين غائب عن مجلس القضاء، وإنه يحتمل النقل، فلا يقبل حتى لو أقام المدعي بينة أن المودع غير ذي اليد، وأنه قد مات، قبل القاضي البينة، وقضى له بالمال، بخلاف حالة الحياة، والفرق قد مر.

١٧٠٩٨ - رجل وهب لعبد رجل جارية، وقبضها العبد، ثم أراد الواهب الرجوع في الهبة، والمولى غائب، فإن كان العبد مأذوناً كان له ذلك، وإن كان محجوراً عليه، لم يكن له ذلك حتى يحضر المولى. أما الأول فلأن الواهب يدعي حقاً فيما هو كسب المأذون بعقد جرى بين المدعي وبين المأذون، فينتصب المأذون خصماً له كما لو ادعى عيباً في يد المأذون أنه اشترى منه، أو ادعى شيئاً في يد المأذون أنه ملكه مطلقاً انتصب خصماً، سواء كان على المأذون دين أو لم يكن. وأما الثاني فلأن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى، ألا ترى أن من ادعى عيناً في يده أنه اشتراه من المحجور، أو ادعى ملكاً مطلقاً، لا ينتصب خصماً له، وإن كان من كسب المحجور، كان الفقه فيه وهو أن للمأذون يداً معتبرة على ما في يده كالمكاتب، ولهذا لو باع المأذون ما في يده جاز بيعه، وليس للمحجور على ما في يده يد معتبرة، ولهذا لو باع ما في يده لا يجوز، وإن كان من كسبه، فهذا يبين لك أن يد المأذون يد نفسه، ويد المحجور يد المولى حكماً، وإذا كان هكذا كان رجوع الواهب في الوجه الأول متضمناً إبطال يد العبد، فكان هو الخصم في ذلك، فلا يشترط حضرة المولى، وفي الوجه الثاني رجوع الواهب يتضمن إبطال يد المالك حكماً، وكان المولى هو الخصم في ذلك، فيشترط حضرته.

وإن قال العبد: أنا محجور، وليس لك أن ترجع فيها قبل حضور مولاي، وقال الواهب: أنت مأذون، ولي أن أرجع فيها قبل حضور مولاك، فالقول قول الواهب مع يمينه على علمه، قالوا: هذا استحسان، والقياس أن يكون القول قول العبد؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو الحجر، وكان الظاهر شاهداً له، إلا أنا استحسنا، وقلنا: القول قول الواهب مع يمينه؛ لأن الهبة حين وقعت وقعت موجبة للرجوع، فالعبد بقوله: أنا محجور يدعي تأخير حق الواهب في الرجوع إلى حضرة المولى، والتأخير نوع إبطال،

فيكون القول قول الواهب مع يمينه . ولأن الهبة تقع للعبد ، ثم ينتقل الموهوب من العبد إلى المولى ، إذ كان العبد محجوراً ، فالواهب بدعوى الإذن يدعي بقاءه على ملكه كما كان ، والعبد بدعوى الحجر يدعي الانتقال ، وإنه عارض ، والقول قول من تمسك بالأصل ، لا قول من يدعي العارض ، ولأن الواهب ما أقر بزوال ملكه إلا بصفة ، وهو أن يكون له حق الرجوع متى شاء ، ولو أنكر الزوال أصلاً ، كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر الزوال بصفة .

وما يقول بأن الظاهر شاهد للعبد ، قلنا : نعم ، ولكن إنما يجعل القول قول من يشهد له الظاهر إذا كان بالظاهر يدفع شيئاً عن نفسه ، وههنا هو بهذا الظاهر يبطل حقاً مستحقاً للواهب ، وهو حق الرجوع في الهبة ، فلا يلتفت إليه ، ثم إنما حلفنا الواهب على العلم ؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير ، وهو حجر المولى والتحليف على فعل الغير يكون على العلم .

ولو أقام العبد بينة أنه محجور ، لا تقبل بينته ، ولو أقام البينة على إقرار الواهب أنه محجور ، تقبل بينته ؛ لأن الواهب يدعي حقاً على العبد بعقد جرى بينه وبين العبد ، والعبد بهذه البينة يثبت كونه مودعاً من جهة المولى ؛ لما مر أن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى .

قلنا : ومن انتصب خصماً للإنسان بدعوى الفعل عليه إذا أقام بينة على أنه مودع فلان ، ليدفع الخصومة عن نفسه ، لا تقبل بينته ، ولا تندفع عنه الخصومة . أما إذا أقام البينة على إقرار المدعي أنه مودع فلان ، فقد أقام البينة على أن المدعي إبراءه عن هذه الخصومة معنى ؛ لأنه يريد إسقاط خصومة المدعي لمعنى وُجد من جهة المدّعي ، وهو إقراره .

ومن انتصب خصماً بدعوى الفعل عليه ، لا تقبل بينته على إحالة الخصومة إلى غيره ، وتقبل على إبراء المدعي إياه من الخصومة ، فلهذا افترقا ، فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب المأذون : أن العبد إذا باع واشترى ، ثم أقام البينة على أنه محجور ، أو على إقرار العاقد الآخر بذلك ، حيث لا تقبل ، وإنما كان كذلك لأن هناك إنما لا تقبل ؛ لأنه يسعى في نقض ما تم به ، وأراد إثباته بالبينة .

ومن سعى في نقض ما تم به، وأراد إثباته بالبينة، لا يسمع ذلك منه، لصيرورته متناقضاً، وفي حق هذا لا فرق بينما إذا أقام البينة على كونه محجوراً، وبينما إذا أقام البينة على إقرار العاقد بكونه محجوراً، ألا ترى أن البائع لو كان حراً، وأقام البينة على أن ما باع كان حراً، أو على إقرار المشتري أن ما اشترى كان حراً، لا يسمع ذلك منه، لما قلنا. أما في مسألة الجامع: إنما لا تقبل البينة على الحجر لكونه ساعياً إلى نقض ما تم به؛ لأنه ساع إلى إنفاذ ما جرى بينهما من الهبة، لكن إنما لم تقبل؛ لأنها قامت على إحالة الخصومة على الغير، وهذا المعنى معدوم فيما إذا أقام البينة على إقرار الواهب بالحجر، فهذا افترقا.

هذا كله إذا كان المولى غائباً، والعبد حاضراً، فإن حضر المولى وغاب العبد، فأراد الواهب أن يرجع في هبته، فإن كان الموهوب في يد العبد، لم يكن المولى خصماً؛ لأن الواهب لا يدعي على مولى العبد عيناً في يده، ولا حقاً في عين في يده، ولا ديناً في ذمته، والإنسان إنما ينتصب خصماً لغيره بأحد هذه الوجوه، وإن كانت الهبة في يد المولى، كان خصماً؛ لأن المولى يزعم أن ما في يده ملكه؛ لأن ما يأخذ المولى من عبده يكون ملكاً له إذا لم يكن على العبد دين، ولم يعرف ثبوت الدين على العبد، ومن ادعى حقاً في عين إنسان في يد إنسان، والذي في يديه العين يزعم أنه مالك له، ينتصب خصماً للمدعي، كذا ههنا.

فإن قال المولى: أودعني هذه الجارية عبدي فلان، ولا أدري أوهبت له أم لا، فأقام المدعي بينة على الهبة، فالمولى خصم؛ لأن المولى فيما يودعه عبده يكون مالكاً، ولا يكون مودعاً على ما مر، فالمولى بدعواه أنه أودعها إياه عبده يزعم أنه مالك لها، فينتصب خصماً للمدعي في إثبات حق جرى بين المدعي وبين الغائب؛ لأنه يدعي حقاً فيما في يده بسبب جرى بينه وبين الغائب، فينتصب خصماً عن الغائب كرجل في يديه عبد، جاء رجل وادعى أنه قد اشتراه من فلان بكذا، وهو يملكه، وأقام على ذلك بينة، قضى له بذلك، وصار الحاضر خصماً على الغائب، كذا ههنا، فإذا قضى القاضي بالجارية للواهب، فقبضها الواهب، فزادت في يديه أي في يدي الواهب، ثم حضر الموهوب له، وأنكر أن يكون عبداً، فالقول قوله لكون الحرية أصلاً، وكان له أن يأخذ الجارية؛ لأنا لما جعلنا القول قول الذي حضر في أنه حر، ظهر أن الذي كانت الجارية في

بعد كان مودعًا لا مالكًا ، فظهر أنه ما كان خصمًا ، وأن بينة الواهب قامت على غير خصم ، فالتحقت بالعدم ، فرد القاضي الموهوب على الموهوب له بإقرار الواهب أنه كان في يد الموهوب له فيما مضى ، ولا يمتنع الرد على الموهوب له بسبب زيادة متصلة ؛ لأنه تبين أن الزيادة حصلت على ملك الموهوب له ؛ لأنه ظهر أن رجوعه في الهبة لم يصح ، واسترداد المملوك لا يمتنع بسبب الزيادة المتصلة .

ثم ليس للواهب أن يرجع في الهبة إلا أن الرجوع الأول لما بطل كانت الزيادة المتصلة حاصلة على ملك الموهوب له ، وهذا يمنع الرجوع في الهبة ، فإن كانت الجارية قد ماتت في يد الواهب كان للموهوب له الخيار ، إن شاء ضمن المودع ، وإن شاء ضمن الواهب قيمتها ؛ لأنه لما ظهر بطلان الرجوع في الهبة ظهر أن القابض قبض مال الغير بغير إذنه ، وأن المودع دفع الوديعة إلى غير المالك بغير إذن المالك ، فصار كل واحد في حق المالك بمنزلة الغاصب ، فلهذا كان له الخيار في التضمين ، فإن ضمن الواهب لا يرجع على المودع بما ضمن ؛ لأن المودع غاصب ، والواهب بمنزلة غاصب الغاصب ، وغاصب الغاصب لا يرجع بما ضمن على الغاصب .

وإذا ضمن المودع لا يرجع على الواهب بما ضمن أيضًا باعتبار أن في زعم المودع أن الرجوع صحيح ههنا ؛ لما أن الغاصب[1] عادي ، وقد أخذ بمقر مالي ، حيث ضمنني ، وما يأخذ العبد من مولاه لا يزول عن ملك مولاه ، فلم يلحق المودع غرم بما دفع إلى مولاه[2] : فلا يكون له أن يرجع بذلك على صاحبه ، ثم أوجب الضمان في الكتاب على المودع ، ولم يحك فيه خلافًا ، وذكر الكرخي أن هذا قول محمد ؛ لأن المودع بإقرار من رق الغائب صار مسلطًا القاضي على الوديعة ، فصار مضيعًا لها ، وأما على قول أبي يوسف : لا يضمن ؛ لأن الدفع حصل بقضاء القاضي ، وفي مثل هذا لا يجب الضمان على المودع على ما مر قبل هذا .

وإذا قال المولى : قد علمت أنك وهبت الذي أودعني ، إلا أنه ليس بعبد لي ، فأقام المودع بينة على أن فلانًا الغائب عبده لا تقبل هذه البينة : إن كان العبد حيًا ؛ لأن

---

(١) وفي ظ : الغائب

(٢) هكذا في الأصل وحده ، وقال في ظ : صاحبه .

هذه بينة قامت على إثبات الملك في تقلي غائب عن مجلس القضاء، فلا تقبل؛ وإن قال الواهب: ليست لي بينة، وطلب يمين المودع بالله أن الغائب ليس بعبد له، استحلفه القاضي؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، فإن حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل لزمه الخصومة؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار، ولو أقام المدعي بينة على إقرار المولى أن فلاناً عبده، تقبل بينته، وقضى بالرجوع؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات كلام الخاصم، وهو الإقرار، والإنسان خصم فيما يدعى عليه من الإقرار والقضاء بذلك؛ لأنه يتعدي[1] إليه، فيقضي القاضي عليه بذلك، كما لو أقر بذلك بين يدي القاضي.

وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب عبد هذا الرجل، وأنه قد مات، قبلت بينته، وصار ذو اليد خصماً له، وقد مر هذا فيما تقدم. وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب كان عبده، وأنه قد باعه من فلان بألف درهم، وقبضه فلان منه، لم تقبل بينته؛ لأن فيه إثبات الملك في المنقول، وهو غائب عن مجلس القضاء، وفيه إثبات الملك للمشتري بالبيع، وهو غائب، فلا تقبل.

وإن أقام المدعي بينة على إقرار الذي في يديه الجارية أنه قد باع فلان الغائب من فلان، ولم يقم البينة على إقراره أن الغائب عبده، فالقاضي لا يقبل هذه البينة، ولا يجعل الذي في يديه خصماً؛ لأن هذا الإقرار لو ثبت معاينة لا يصير صاحب اليد خصماً؛ لأن الإقرار ببيع الغائب لا يكون إقراراً بأنه عبده لا محالة؛ لأن الإنسان كما يبيع عبد نفسه يبيع عبد غيره أيضاً، فإذا لم يكن هذا الإقرار ملزماً إياه شيئاً، لم يكن في إثباته بالبينة معنى وفائدة، فلهذا لا يقبل القاضي هذه البينة - والله أعلم -.

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل و ف و م: لا يتعدى.

الفصل الثالث والعشرون

في بيان ما يندفع به دعوى المدعي، وما لا يندفع

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منها : في دعوى الملك المطلق، ودعوى المدعي عليه كون المدعي به في يده وديعة من جهة غيره، أو عارية أو إجارة أو رهنا، أو ما أشبه ذلك.

هذا النوع ينقسم أقساما : الأول : إذا وقع الدعوى في العين حال قيامه.

١٧٠٩٩ - قال محمد رحمه الله : وإذا ادعى رجل عينا في يدي رجل ملكا مطلقا، أو دارا، أو ثوبا، أو ما أشبه ذلك، وأقام بينة على دعواه، فقال ذو اليد : إن هذا العين لفلان الغائب أودعنيها، أو قال : آجرنيها، أو قال : ارتهنتها منه، أو قال اغتصبتها منه، فإن أقام بينة على دعواه، فلا خصومة بينهما، وإن لم يقم، فهو خصم للمدعي في ظاهر الرواية عن أصحابنا، ووجهه أن الخصومة قد توجهت على صاحب اليد بظاهر يده؛ لأنه حال بين المدعي وبين المدعى به، ولهذا كان على القاضي إحضاره وتكليفه بالجواب، فهو بدعواه هذه يريد إبطال الخصومة المتوجهة عليه، فلا يقدر على ذلك من غير حجة، وبعد إقامة الحجة طريق اندفاع الخصومة أن صاحب اليد ببينته يثبت سبق الملك للغائب، وهو ليس بخصم فيه، وإسقاط الجواب عن نفسه، وهو خصم فيه، فيقبل بينته فيما هو خصم فيه، وهو إسقاط الجواب عن نفسه، ولا تقبل بينته فيما ليس بخصم فيه، وهو إثبات الملك للغائب.

وعن أبي يوسف : أنه رجع عن هذا حين ابتلي بالقضاء ووقف على أحوال الناس، وقال : إذا كان المدعى عليه معروفا بالاحتيال[1] والتزوير، ووقع في قلب القاضي أنه قصد الاحتيال[2] بهذا ليبطل حق المدعي، لا تندفع الخصومة عنه بهذه البينة؛

---

(١) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ : "بالاتصال".

(٢) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ : "بالاتصال".

لأن مثل هذه الاحتيال(١) يوجد(٢) فيما بين الناس، فالإنسان يأخذ مال غيره غصباً، ثم يدفعه سراً إلى من يريد أن يغيب عن البلدة حتى يودعه علانية بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك، وأراد أن يثبت ملكه، فالمدعى عليه يقيم بينة على الإيداع من الغائب، ويدفع خصومة المالك بذلك، والقاضي نصب ناظراً للمسلمين، فينبغي أن ينظر في حق المدعي، وذلك بأن لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه إن عُرف بالاحتيال(٣) والتزوير، ووقع في رأيه(٤) أنه قصد بهذا الإضرار بالمدعي، وهذا الذي ذكرنا في جواب ظاهر الرواية إذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه.

فأما إذا قالوا: أودعه رجل لا نعرفه أصلاً، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، فلا تندفع خصومة المدعي عن صاحب اليد بالإجماع، أما على قول محمد، فلأنهم لو قالوا: نعرف المودع بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه، لا تقبل الشهادة، ولا تندفع الخصومة عنه عند محمد، فههنا أولى، وأما على قولهما، فلأن بهذه الشهادة لم يثبت وصول العين إلى صاحب اليد من جهة غير المدعي بيقين، لجواز أن يكون الدافع هو المدعي، وعلى هذا التقدير لا تندفع الخصومة عن ذي اليد، فلا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالشك والاحتمال.

وإن قالوا: نعرف المودع بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه، فعلى قول محمد: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الخصومة على ذي اليد توجهت بظاهر يده، فلا تندفع عنه الخصومة إلا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه ليكون تحويلاً للخصومة لا إبطالاً، ولم توجد الحوالة على رجل يمكن اتباعه؛ لأن الغائب لا يعرف إلا بالاسم والنسب، فإذا كان المدعي لا يعرف المودع بوجهه، والشهود لم يذكروا اسمه ونسبه، لا تتحقق الحوالة، وعندهما: تقبل الشهادة؛ لأن حاجة صاحب اليد إلى دفع الخصومة عن نفسه، وإنما تندفع الخصومة عنه إذا ثبت أن يده ليست بيد ملك وخصومة، وقد حصل

---

(١) هكذا في الأصل و"ب" و"م"، وكان في "ظ": "الأفعال".

(٢) هكذا في الأصل و"م"، وكان في "ظ" و"ف": "يوجه".

(٣) هكذا في "ف"، وكان في "ظ" و"م" والأصل: "الاقتتال".

(٤) هكذا في "ف" "ظ" "م"، وكان في الأصل: "قلبه".

شهدوا على إقرار المدعي أن فلاناً دفعها إليه، اندفعت الخصومة عن ذي اليد؛ لأن بإقرار المدعي أن فلاناً دفعها إليه يثبت أن يد صاحب اليد ليست بيد خصومة، وكذلك لو شهدوا على إقرار المدعي أنها لفلان، ولم يزيدوا على هذا، وذو اليد يقول: فلان أودعنيها؛ اندفعت الخصومة عن ذي اليد؛ لأن إقراره بأنها لفلان ينفي دعوى الملك لنفسه.

ولو شهد شهود ذي اليد على إقرار المدعي أنها لفلان، إلا أن صاحب اليد لم يقل بعد ذلك أن فلاناً أودعنيها، لم يذكر محمد هذا الفصل أيضاً، قالوا: ويجب أن تندفع الخصومة عن صاحب اليد؛ لأنه[1] ثبت وصول العين إلى صاحب اليد من جهة فلان، وقد ظهر أيضاً بإقرار المدعي أن خصومة المدعي كانت مع فلان، وبعد ذلك إن تحول ملك الرقبة إلى صاحب اليد يتحول الخصومة إليه، وما لا فلا، فلا تتحول الخصومة إليه بالشك والاحتمال.

وإن أقر المدعي أنها كانت في يد فلان، ولكن قال: لا أدري أدفعها إلى هذا أو لا؟ أو شهد الشهود على إقرار المدعي أنها كانت في يد فلان، ولا أدري دفعها إليه فلان أم لا؟ وذو اليد يقول: دفعها إلي فلان، فلا خصومة بينهما؛ لأنهما اتفقا على أنها كانت في يد فلان، والآن يراها في يد صاحب اليد، ولم يعرف يد ثالث، فالظاهر أنها وصلت إلى يده من جهة فلان، فيثبت بتصادقهما على وصولها إلى هذا من جهة فلان بحكم الظاهر، فيعتبر بما لو ثبت ذلك صريحاً.

ولو شهد شهود صاحب اليد أنها لفلان، ولم يشهدوا أن فلاناً أودعها إياه، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة؛ لأنها قامت على إثبات الملك للغائب، وصاحب اليد ليس بخصم عنه في إثبات الملك له؛ لأنه لا حاجة له إلى إثبات الملك للغائب، إنما حاجته إلى وصول العين إلى يده من جهة فلان، والشهود لم يشهدوا بذلك، فلا تندفع عنه الخصومة، ولو أقام المدعي بينة في هذه المسائل على سبيل دفع بينة صاحب اليد أن صاحب اليد ادعاها لنفسه، لم يقبل من صاحب اليد بينة على الإيداع أصلاً؛ لأنه يثبت ببينة المدعي إقرار ذي اليد بكونه خصماً، فصاحب اليد ببينته على الإيداع بعد ذلك يريد

(1) هكذا في ظ، وكذا في الأصل وف وم: "لا يثبت وصول العين".

بإخراجه نفسه عن الخصومة بعدما علم كونه خصماً، فلا يقدر عليه، وذكر في «المنتقى» مسألة تدل على أن المودع ينتصب خصماً للمدعي.

وصورتها: قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن رجل ادعى داراً في يدي رجل أنها داره، وقدمه إلى القاضي، ونصب القاضي خصماً له، إلا أنه لم يقم بينة، ثم إن المدعى عليه ذهب، وباع الدار وسلمها إلى المشتري، ثم إن المشتري وكّل فيها وكيلاً وغاب، ثم عزل هذا القاضي، أو مات، وولي قاضٍ آخر، فتقدموا إليه، وأقام المدعي بينة أنه قد كان خاصمه إلى القاضي الأول، ثم باعها، فهذا القاضي يجعل الوكيل خصماً فيه.

قال الحاكم أبو الفضل: لم يرد بقوله: وكّل فيها وكيلاً الوكيل بالخصومة، وإنما أراد به الوكيل بالحفظ، والوكيل بالحفظ المودع، مع هذا جعله خصماً للمدعي، قالوا: وقد ذكر محمد رحمه الله مسألة في «الجامع» تدل على أن المودع ينتصب خصماً للمدعي.

وصورتها: رجل مات وترك ثلاث بنين وداراً، فغاب اثنان منهم، وبقي واحد، فجاء رجل وادعى أن الدار له، فقال الحاضر: كانت الدار لأبينا، مات وتركها ميراثاً لي ولأخويّ فلان وفلان، فاقتسمنا الدار بيننا أثلاثاً، وقبض كل واحد منا نصيبه، ثم إنهما غابا، وأودعاني نصيبيهما، وقال المدعي: هذه الدار كانت في يد أبيكم إلى أن مات، فقسمتم الدار بينكم، ثم إن أخويك أودعاك نصيبيهما، ولكن الدار لي، وأقام المدعي البينة أن الدار داره، قبلت بينته، وقضي بالدار للمدعي، وإن ثبت بتصادقهما كون ثلثي الدار وديعة في يد الابن الحاضر، ويد المودع ليست بيد خصومة، وليس الأمر كما ذكروا.

والوجه لمسألة «الجامع»: أن كون المودع غير خصم في حق المدعي حيث إنه مودع لا ينفي كونه خصماً في حقه من وجه آخر، ألا ترى أن من أودع عند إنسان شيئاً، ثم إن المودع وكّل المودَع بالخصومة في ذلك الشيء، ثم قامت البينة على الوكيل الذي هو مودع، قبلت بينته.

وفي مسألة «الجامع»: وجد ما يجعل الابن الحاضر خصماً في كل الدار؛ لأن

الدعوى في الحقيقة على الميت، والبينة قامت عليه، وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت، وعن سائر الورثة فيما يدعى على الميت، بخلاف المسائل التي تقدم ذكرها في أول هذا النوع؛ لأن هناك لم يوجد ما يوجب كون المدعى خصماً من وجه آخر، ومن حيث كونه مودعاً لم يصلح خصماً.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٧٦١٠ - دار في يدي رجل ادعاها رجل أنها داره، وأقام البينة على ذلك، وقال ذو اليد: إنها دار فلان، وإنه أسكننيها، وجاء بشاهدين شهدا أن فلاناً أشهدنا أن الدار التي في يد هذا داره، وأنه أسكنها هذا الذي في يده، وسلمها إليه، فلا خصومة بينهما؛ لأنه يثبت وصول الدار إلى يد المدعى عليه من جهة غائب على وجه لا يفيد الملك في الرقبة؛ لأن الإسكان والإعارة لا تفيد الملك في الرقبة، وإن شهدوا أن فلاناً أشهدنا أن الدار التي في يد هذا داره، وأنه أسكنها[1] هذا الذي هي في يديه، إلا أنا لم نره دفع الدار إليه أم لا، لكن علمنا أن الدار كانت في يد هذا الذي في يديه اليوم يومئذ، فلا خصومة بينهما أيضاً حتى يحضر الغائب؛ لأن الشهادة بالإسكان والدار في يد الساكن يوم الإسكان شهادة بالتسليم، كما أن الشهادة بالهبة والدار في يدي الموهوب له يوم الهبة شهادة بالهبة والتسليم، حتى أن الشهود إذا شهدوا أن هذا الرجل وهب هذا العبد من هذا المدعي، وكان العبد في يد المدعي يوم الهبة، يجب القضاء بالهبة، كما لو شهدوا بالهبة والتسليم، فصار هذا الوجه نظير الوجه الأول.

وإن شهدوا أن فلاناً أشهدنا أنه أسكنها هذا الذي في يديه الدار اليوم، ولم نعلم يوم الإسكان أن الدار في يد من، ونعلم الآن أنها في يد هذا المدعى عليه، فلا خصومة بينهما أيضاً حتى يحضر الغائب؛ لأنهم شهدوا بالإسكان، والقبض ثابت للمشهود له معاينة، ولم يعرف ثبوت يده جهة أخرى سوى ما شهد به الشهود وهو الإسكان، فيحال به على ذلك الإسكان، وهو معنى قول المشايخ: إن القبض إذا ظهر عقيب عقد يحال به على ذلك العقد ما لم يعرف له سبب آخر، وإذا أحلنا القبض على الإسكان.

(١) في م: [illegible] مع هذا

اليد لغير المشتكي؛ لأنه ليس بخصم عنه في إثبات اليد له، وإنما غرضه نفي اليد عن المشتكي يوم الإشهاد على الاستحقاق، والشهادة على النفي لا تقبل.

وحكي أن مشايخ بخارى سئلوا عن رجل ادعى أن أرضه هذه حرة، وأقام على ذلك بينة، فأجاب أكثرهم بقبول هذه الشهادة، وأجاب بعضهم بعدم قبولها، وقاسه على هذه المسألة، وهذا لأن مقصود الشهود في مسألة الأرض من شهادة على حرية الأرض نفي الخراج عن الأرض، كما أن قصد المدعي في مسألتنا نفي اليد عن المشتكي يوم الإشهاد، فكانت هذه الشهادة قائمة على النفي؛ نظرًا إلى المقصود، فرجعوا إلى قول هذا القائل، واتفقوا على عدم قبول هذه الشهادة. وأنا أقول: هذه العبرة ثابتة وجواب مسألة الخراج يشكل بالشهادة القائمة على الإفلاس، فإنها مقبولة بلا خلاف مع أنها قامت على النفي، نظرًا إلى ما هو المقصود.

١٧٦٠١ - وفي نوادر عيسى بن أبان: رجل ادعى دارًا في يدي رجل أنها داره، فقال الذي في يديه أن فلانًا أودعنيها، فقال المدعي: قد كان فلان أودعكها، ولكنه وهبها لك بعد ذلك، أو باعكها، فإن القاضي يستحلف الذي في يديه الدار بالله ما وهبها فلان لك، ولا باعها منك بعد ما أودعها عندك، فإن نكل عن اليمين جعله خصمًا فيما قال، ألا ترى أن المدعي لو أقام بينة أن فلانًا باعها من الذي في يديه بعدما كان أودعها إياه، قبلت بينته، وجعل الذي في يديه خصمًا له، فكذا إذا نكل عن اليمين.

قال: ولا يشبه هذا الوكالة، وصورتها: رجل أتى رجلًا، وقال: إن لفلان عندك ألف درهم، وأنا وكيله في قبضها منك، وقال المدعى عليه: صدقت لفلان عندي ألف درهم وديعة، إلا أنك لست بوكيل في قبضها، لم يكن للمدعي أن يحلفه على الوكالة؛ لأنه يدعي لغيره، وإنما استحلفه في الأول؛ لأنه ادعاه لنفسه، فادعى أن هذا خصمه فيه.

١٧٦٠٢ - رجل في يديه وديعة لرجل، جاء رجل، وادعى أنه وكيل المودع بقبضها، وأقام على ذلك بينة، وأقام الذي في يديه الوديعة بينة أن المودع قد أخرجه من الوكالة، قبلت بينته، وكذا إذا أقام بينة أن شهود الوكيل عبيد.

١٧١٠٣ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل في يديه دار ادعاها رجل، فأقام الذي في يديه الدار بينة أن فلاناً الغائب ادعى هذه الدار، واستحقها من يده، ودفعها إليه القاضي، ثم إن المستحق أجرها من الذي في يده، فإنه لا يقبل منه هذه البينة على ما ادعى، علل، فقال: لأنها في يديه، وهو لا يدفع عن نفسه الخصومة بها.

والوجه في ذلك: أن صاحب اليد لما قال: إن فلاناً الغائب ادعى هذه الدار، واستحقها من يده، فقد أقر أن يده يد خصومة في هذه الدار، ثم بقوله: أخذها فلان مني، يريد إخراج نفسه عن الخصومة، فلا يصدق على ذلك، ولا يسمع بينته عليه - والله أعلم -.

القسم الثاني

إذا وقعت الدعوى في العين بعد هلاكه:

١٧١٠٤ - قال محمد رحمه الله في «الجامع»: وإذا كان العبد في يدي رجل وقد مات، فجاء رجل وأقام بينة أنه عبده، وأقام الذي مات العبد في يديه أن العبد كان وديعة في يديه من جهة فلان، أو كان بإجارة في يديه من جهة فلان أو عارية، فإنه لا يندفع عنه الخصومة، ويقضي القاضي بقيمة العبد للمدعي.

فرق بين هذا وبينما إذا وقع الدعوى في العين حال قيام العين، وبقي المسألة بحالها، فإنه يندفع الخصومة عن ذي اليد، والفرق: أن العين إذا كان قائماً، فالدعوى يقع في العين، والمدعى عليه إنما ينتصب خصماً له في العين بظاهر يده، فإن ظاهر اليد يدل على الملك، إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك، وبإقامة البينة على أن العين وديعة عنده، ظهر أن يده ليست يد ملك، فيندفع عنه الخصومة، أما إذا كان العين هالكاً فالدعوى تقع في الدين، ومحل الدين الذمة، فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته، وما أقام المدعى عليه من البينة أن العين كان في يده وديعة لا تبين أن ذمته لغيره، فلا تتحول الخصومة عنه، ألا ترى أن القاضي يقضي بالقيمة على مودع الغاصب، وإن كان يده في العين يد غيره.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يقضي القاضي بقيمة العبد ههنا؛ لأنه لا يمكن القضاء بقيمة العبد للمدعي إلا بعد القضاء له بملك العبد؛ لأنه لا يجوز أن تكون قيمة العبد لإنسان، ويكون الملك في هذا العبد لغيره، وقد تعذر القضاء ههنا للمدعي بملك العبد على ذي اليد؛ لأن ذا اليد أثبت أن يده في العبد ليست يد ملك، وأن الملك في العبد للغائب.

وهذا كما قال محمد رحمه الله في عبد في يدي رجل ذهبت عينه أو يده، أو فقئت عينه، أو قطعت يده، أقام رجل بينة أن هذا العبد عبده، وأراد أن يأخذ العبد، وأن يضمن الذي العبد في يديه نصف قيمة العبد، فأقام الذي في يديه العبد بينة أن فلانًا قد كان أودع هذا العبد إياه قبل ذهاب العين واليد، فإنه يندفع عنه الخصومة في أرش اليد والعين، وإن ادعى الأرش دينًا في ذمته؛ لأنه[1] لا يمكنه القضاء بالأرش للمدعي إلا بعد القضاء بملك العبد للمدعي؛ لأنه لا يجوز أن يكون الأرش لإنسان، والعبد لغيره؛ لأن الأرش بدل الطرف، ولا يجوز أن يكون الطرف لإنسان والعبد لغيره، وإذا تعذر القضاء بملك العبد؛ لأن صاحب اليد أثبت أن يده في العبد يد غيره تعذر القضاء بالأرش، كذا ههنا.

قلنا: اختلف عبارة المشايخ في الجواب عن هذا الإشكال، فعبارة بعضهم أن هذا الإشكال إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعي، كما في المسألة التي وقع الاستشهاد[2] بها، فإن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعي؛ لأن بينة صاحب اليد أن العبد وديعة مقبولة؛ لأن العبد قائم في يده، وإنما ينتصب خصمًا هو بظاهر يده، فإذا ثبت أن يده يد غيره، اندفعت الخصومة عنه، وتعذر القضاء بملك العبد للمدعي، وتعذر القضاء بالأرش أيضًا؛ لأن الأرش لا يملك إلا بملك الأصل، أما هنا لم يتعذر القضاء بملك العبد للمدعي؛ لأن بينة المدعى عليه أن العبد كان عنده وديعة بعد هلاك العبد غير مسموعة؛ لأن بعد هلاك العبد لم ينتصب خصمًا للمدعي، وإنما انتصب خصمًا له بذمته؛ لأنه ادعى قيمة العبد دينًا في ذمته بعد هلاكه، وإذا لم يقبل بينة ذي اليد

(١) هكذا في ظ و م فقط.

(٢) هكذا في نسخة، وفي نسخة أخرى: الاستشهاد.

صار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة .

ولو عدمت بينة ذي اليد ، كان يقضي عليه بملك العبد للمدعي ، كذا هنا ، وعبارة بعضهم : هذا الإشكال إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعي ، كما في المسألة التي وقع الاستشهاد بها ؛ لأن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعي ؛ لأن العبد حيٌ قائم ، وقد ثبت بينة ذي اليد أن الملك في العبد للغائب ، فلو قضينا بالعبد للمدعي ، كان في هذا استحقاق على الغائب ، والاستحقاق على الغائب لا يجوز ، وإذا تعذر القضاء بالعبد للمدعي تعذر القضاء بالعين الفائتة للمدعي إذ يستحيل أن يكون العبد لإنسان ، ويكون عينه لآخر ، وإذا تعذر القضاء بالعين الفائتة للمدعي ، تعذر القضاء بالأرش له ، أما في مسألتنا أمكن القضاء بالعبد للمدعي ، وإن ثبت ببينة ذي اليد أن العبد للغائب ، فيكون القضاء بالعبد للمدعي قضاء على الغائب إلا أن القضاء على الغائب إنما لا يجوز إذا كان فيه استحقاق شيء على الغائب ، وإيجاب شيء على الغائب ، فأما إذا لم يكن فيه استحقاق شيء على الغائب ، يجوز القضاء على الغائب ؛ لأن العبد ميت ، والميت لا يمكن أن يستحق على الغائب ، فظهر الفرق بين الفصلين من هذا الوجه ، وعبارة بعضهم ليس من ضرورة القضاء بقيمة العبد للمدعي القضاء بملك العبد للمدعي ، إذ يجوز أن يكون العبد لإنسان وبدله لغيره ، ألا ترى إلى ما قال أصحابنا في رجل قال لغيره : بعت منك هذا العبد الذي في يديك بألف درهم ، ولي عليك ألف درهم ، فقال ذلك الرجل : ما بعته مني ، وما اشتريته أنا ، وأنا بريء مما تقول ، لا علم لي به قط ، فأقام المدعي بينة على ذلك ، وجب على المنكر ثمن العبد ، ولم يكن العبد ملكًا له .

وكذلك قالوا : في رجلين ادعى كل واحد منهما على رجل واحد أني بعت منك هذا العبد بألف درهم ، وكان الدعوى منهما في عبد واحد بعينه ، وأنكر المدعى عليه البيع والشراء ، فأقام كل واحد البينة على دعواه ، لزم المدعى عليه[1] ألفا درهم لكل واحد منهما ألف درهم ، ولو كان وجوب البدل باعتبار العين ، لوجب ألف درهم بينهما ، فعلم أن وجوب البدل ليس باعتبار العين ، فلم يكن من ضرورة القضاء بالقيمة القضاء بملك العبد ، فأما من ضرورة القضاء بالأرش للمدعي القضاء بالعين الفائتة له .

---

(١) هكذا في الأصل ، وكان في ظ : لزم عليه المدعى عليه

ومن ضرورة القضاء بالعين القضاء بالغصب بكل العبد له ، إذ يستحيل أن يكون كل العبد لإنسان وغصبه يكون لآخر ، وتعذر القضاء بكل العبد للمدعي ؛ لأن فيه قضاء على الغائب .

ثم إذا قضى القاضي بالقيمة للمدعي ، وأخذ المدعي القيمة من المدعى عليه ، حضر الغائب ، وصدق المدعى عليه فيما كان ادعى أن العبد كان عنده وديعة ، أو إجارة ، أو رهنا من جهته ، كان له أن يرجع بما ضمن من القيمة على الغائب الذي حضر ، وهذا الجواب لا يشكل في الرهن أو الوديعة ؛ لأن المودع في قبض الوديعة عامل للمودع من كل وجه ، فإن منفعة الحفظ عائدة إليه من كل وجه

والأصل أن من عمل لغيره ، ولحقه بذلك ضرر ، يرجع بالغرم على المعمول له ، والمرتهن في حق الرهن كالمودع ؛ لأن عين الرهن أمانة في يده ، إنما يشكل في الإجارة ؛ لأن المستأجر في قبض المستأجر عامل لنفسه من كل وجه ؛ لأنه قبضه ليستوفي منفعته ، وكان يجب أن لا يرجع بما ضمن على الآجر كالمستعير والغاصب ، إلا أن الجواب عنه أن المستأجر في قبض المستأجر كما هو عامل لنفسه ، فهو عامل للآجر ، إذ يجب ويتأكد باستيفاء المنفعة الأجر ، إلا أنا للآجر من المنفعة أكثر ؛ لأنه يحصل له الأجر ، وإنه عين مال ، والحاصل للمستأجر المنفعة ، والعين خير من المنفعة ؛ فكان الرجحان بجانب الآجر ، فاعتبر قبض المستأجر واقعا للآجر من هذا الوجه ، بخلاف ما إذا كان العبد في يد صاحب اليد عارية أو غصب ، حيث لا يرجع بما ضمن على الغاصب ؛ لأن الغاصب في القبض عامل لنفسه من كل وجه ، وكذلك المستعير في القبض عامل لنفسه من كل وجه ؛ لأن منفعة كل واحد منهما حاصلة له من كل وجه ، ومن عمل لنفسه عملا ، ولحقه بذلك عهدة ، كان قرار[1] العهدة عليه .

هذا إذا صدق الغائب صاحب اليد في إقراره أن العبد وصل إليه من جهته ، فأما إذا كذبه في إقراره أن العبد وصل إليه من جهة الغائب بوجه من الوجوه التي ذكرناها ، فلا رجوع له على الغائب ما لم يقم البينة على ما ادعى من الإجارة ، أو الوديعة أو الرهن ؛ لأنه يدعي لنفسه دينا على الغائب بسبب عمل عمل له ، والغائب ينكر ذلك .

[1] هكذا في ظ ب م ، وكذا في الأصل : إقرار

١٧١٠٥ - ادعى عبداً في يدي رجل، فقال المدعى عليه: هذا العبد وديعة في يدي من جهة فلان، فقال المدعي: سلّم العبد إليّ وأحضر فلاناً حتى أقيم البينة عليه، فدفع العبد إليه، وذهب ليجيء بفلان، فمات العبد في يد المدعي، ثم جاء فلان، وأقام بينة أنه عبده كان أودعه صاحب اليد، وأقام المدعي بينة أنه عبده، فالبينة بينة فلان؛ لأن فلاناً أثبت الضمان بينته محتجاً بالأخذ بغير حق، والمدعي ينفي ذلك. ولو كان العبد حياً، يؤمر المدعي بدفع العبد إلى فلان المقر له، ويقال للمدعي: أقم البينة عليه.

القسم الثالث

إذا وقعت الدعوى في العبد بعد إباقه:

١٧١٠٦ - عبد في يدي رجل أبق من يده، جاء رجل وادعى أنه عبده، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على أنها وديعة في يديه من جهة فلان، إلى آخر المسألة، فالجواب فيه كالجواب في فصل الموت؛ لأن الإباق يوجب ضمان القيمة كالهلاك، دليله المغصوب إذا أبق، فكل جواب ذكرناه في الموت، فهو الجواب في الإباق، ثم في فصل الإباق إذا قضى القاضي بقيمة العبد للمدعي على الذي كان العبد في يديه، ثم عاد العبد من الإباق، ففي فصل الوديعة والإجارة والرهن يعود على ملك الغائب، وفي الغصب والعارية يعود على ملك الذي كان في يده؛ لأن الملك في المضمون إنما يثبت لمن كان قرار(1) الضمان عليه، وفي الوديعة والإجارة والرهن قرار الضمان على الغائب، وفي العارية والغصب قرار الضمان على الذي كان العبد في يديه.

فإن قيل: كان ينبغي أن يؤمر الذي كان العبد في يديه برد(2) العبد على الغائب في فصل الغصب والعارية؛ لأنه لما أقر أنه غصب من الغائب أو استعار منه، فقد أقر أن رده واجب عليه، إلا أنه كان عاجزاً عن الرد ما دام آبقاً، فإذا عاد إلى يده، وقدر على الرد لزمه الرد عليه، فهذا كما قالوا فيمن اشترى عبداً قد أقر أنه ملك البائع، واستحق العبد

(1) وفي الأصل وم: "إقرار".

(2) وفي ظ: "برد".

من يد المشتري بالبينة، ثم إنه عاد إليه بسبب من أسباب الملك[1] إن كان بعد ما قضى القاضي بفسخ البيع، لزم المشتري ردُّ العبد على البائع، وإن كان قبل أن يقضي القاضي بفسخ البيع، فإن المشتري يرد الثمن على البائع إن كان قد رجع على البائع بالثمن.

قلنا: الأمر كما قلت، إلا أن القاضي لما قضى على صاحب اليد بالعبد للمدعي حين قضى عليه بقيمة العبد، فقد كذبه في إقراره أن عليه رد العبد على الغائب بسبب الغصب، وقضاء القاضي بالعبد للمدعي في هذه الصورة نفذ ظاهراً وباطناً؛ لأن صاحب اليد أقر بالغصب من الغائب، أما ما أقر بالملك به. وليس من ضرورة الإقرار بالغصب من الغائب الإقرار بالملك للغائب؛ لأن الإنسان كما يغصب من المالك يغصب من غير المالك، كالمودع والأب والوصي والغاصب، وإذا تصور من غير المالك لم يكن في زعم صاحب اليد أن العبد ملك الغائب، وأن شهود المدعي شهود زور، ويمتنع نفاذ القضاء بها بالملك المرسل للمدعي باطناً، فنفذ القضاء ظاهراً وباطناً بالعبد للمدعي، وثبت تكذيب القاضي المدعي في إقراره أن رد العبد واجب عليه، والإقرار يبطل بتكذيب القاضي. بخلاف تلك المسألة؛ لأن هناك المشتري أقر بملك العبد للبائع نصاً، وكان في زعمه أن شهود المدعي شهود زور، وقد قامت على ملك مرسل، والقضاء بشهادة الزور في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطناً، وإذا لم ينفذ قضاء القاضي باطناً ثمة في زعم المشتري، لم يصر المشتري مكذباً من جهة القاضي فيما أقر من الملك للبائع بزعمه، فبقي إقراره صحيحاً كما كان، فوجب الرد على البائع إذا وصل المشتري بحكم إقراره، وزان مسألة الشراء من مسألتنا أن لو اشترى ولم يقرّ بالملك للبائع نصاً، فهناك إذا عاد العبد إلى يد المشتري يوماً من الدهر، لا يؤمر بتسليمه إلى البائع.

القسم الرابع

إذا وقع الدعوى في العين بعد ما ذهب طرف من أطرافه

وإذا وقعت الدعوى في الجارية بعد ما ولدت وماتت الجارية:

١٧١٠٧ - صورة الأولى: عبد في يدي رجل، ذهب عينه عنده، فأقام رجل البينة

(١) وهكذا في ظ و م، وكان في الأصل: "الذي" وفي ف: "بسبب من الأسباب".

أنه عبده، وأراد أخذ العبد، وأن يضمن الذي في يديه العبد نصف قيمة العبد بذهاب العين في يده، فأقام الذي في يديه العبد بينة أن فلاناً أودعه قبل ذهاب عينه، فلا خصومة بينهما، لا في العبد ولا في الأرش حتى يحضر الغائب، وقد مرّ الوجه فيه.

١٧١٠٨ - صورة الثانية: جارية في يدي رجل ولدت ولداً، وجاء رجل وأقام البينة أن الجارية جاريته، وأنها ولدت هذا الولد في ملكه، وأقام الذي كانت الجارية[1] في يده بينة أن فلاناً أودعها إياه قبل أن تلد، فولدت عنده، فإن القاضي يقضي بقيمة الجارية للمدعي على ذي اليد لما مر، ولا يقضي بالولد له حتى يحضر الغائب؛ لأن الولد عين في يده، فهو إنما ينتصب خصماً في الولد بحكم اليد، وقد أثبت ببينته أن يده في الولد أمانة.

قال محمد رحمه الله عقيب ذكر هذه المسألة: ولا يشبه الولد في هذا أرش العين، وعلل فقال: لأن الولد يجوز أن يكون لإنسان، والجارية لآخر، ولا يجوز أن تكون الجارية لإنسان وأرش عينها لآخر، يريد بهذا أن القضاء بملك الجارية للمدعي ممكن بدون الولد؛ لأنه يجوز أن تكون الجارية لإنسان والولد لآخر، ألا ترى أن من أوصى بما في بطن الجارية لإنسان، صحّت الوصية، وكانت الجارية للموصي، والولد للموصى له، فلم يكن من ضرورة تعذر القضاء بالولد تعذر القضاء بالجارية، ولا من ضرورة القضاء بالجارية القضاء بالولد، وكان بمنزلة ما لو ادعى عبدين أحدهما غير متولد من الآخر، وقد هلك أحدهما في يده دون الآخر، فأقام المدعي بينة على دعواه، وأقام صاحب اليد بينة أن فلاناً أودعهما إياه، فإنه يقضي عليه بقيمة ما هلك في يده للمدعي، ولا يقضي له بالقائم بالطريق الذي قلنا، كذا ههنا، أما القضاء بملك العبد للمدعي بدون الأرش غير ممكن، إذ لا يتصور أن يكون العبد لإنسان، وأرش عينه لآخر، وكان من ضرورة تعذر القضاء بالعبد تعذر القضاء بالأرش على ما بينا.

فإن قيل: من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية بالبينة للمدعي القضاء بالولد المدعى، ألا ترى أن من ادعى جارية في يد إنسان ملكاً مطلقاً، وثبت ذلك بالبينة، ولها ولد، فإنه يستحق الجارية مع الولد، فدل أن من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية

(١) هكذا في ظ ف م، وكان في الأصل: "وأقام الذي في يديه الجارية أنها كانت"

للمدعي بالبينة القضاء بالولد للمدعي ، وهنا تعذر القضاء بالولد للمدعي ؛ لأنه أثبت كونه مودعاً في الولد ، يجب أن يتعذر القضاء بملك الجارية للمدعي أيضاً .

قلنا : من ضرورة القضاء بمطلق ملك الجارية للمدعي بالبينة القضاء بولدها للمدعي إذا كان الولد في ملك المقضي عليه بالجارية من حيث الظاهر وقت القضاء بالجارية قائماً إذا لم يكن في ملكه بأن كان باع الولد ، أو وهبه من غيره ، فإنه يقضي بالجارية ، ولا يقضي بالولد ، وهذا لأن القضاء بمطلق ملك الجارية إنما يكون قضاء بالولد ؛ لأن القضاء بمطلق ملك الجارية قضاء بأولية الملك ، وإذا قضي للمدعي بأولية الملك في الجارية ، كان الولد متولداً من ملكه إلا أن القضاء المطلق بالملك في الجارية إنما يكون قضاء بأولية الملك في الجارية في حق من كان مقضياً عليه بالجارية ، لا في حق من لم يكن مقضياً عليه بالجارية .

ألا ترى أن غير المقضي عليه إذا ادعى الجارية بعد ذلك ملكاً مطلقاً يسمع دعواه قلنا : والمقضي عليه بالجارية من قامت عليه البينة بالجارية . أما من لم تقم عليه البينة بالجارية لا يكون مقضياً عليه بالجارية ، والذي صار الولد له بالبيع أو الهبة قبل القضاء بالجارية للمدعي لم تقم عليه البينة بالجارية ، فلم يصر مقضياً عليه بالجارية ، فلا يظهر القضاء بأولية الملك في الجارية للمدعي في حقه ، فلا يظهر تولد من ملك المدعي في حقه ، فشرطنا كون الولد في ملك المقضي عليه بالجارية وقت القضاء بالجارية لصيرورة الولد مقضياً به من هذا الوجه .

إذا ثبت هذا فنقول في مسألتنا : الولد ليس في ملك المقضي عليه بالجارية وقت القضاء بالجارية للمدعي ؛ لأنه أثبت الإيداع من الغائب في الولد ، فلم يبق الولد في ملكه من حيث الظاهر ، فأمكن القضاء بملك الأم دون الولد - والله أعلم -

القسم الخامس

من هذا النوع :

١٧١٠٩ - جارية في يدي رجل قتلها عبد رجل ، فأقر الذي الجارية في يديه أنها لفلان الغائب أودعها إياه ، كان له أن يخاصم مولى العبد الجاني بالدفع أو الفداء ، وهذا

لأن المودع ينتصب خصماً عن المودع فيما يستحقه المودع؛ لأنه أمر بالحفظ والخصومة فيما يستحق للمودع من حفظ الوديعة، فينتصب خصماً فيه. ألا ترى لو غصب الوديعة منه غاصب كان له أن يخاصمه، ويسترد الوديعة من يده. وطريقه أن استرداد الوديعة من الغاصب من باب الحفظ والمودع مأمور بالحفظ، فإذا دفع مولى العبد العبد بالجناية، ثم أقام رجل البينة أن الجارية كانت جاريته، وأقام الذي[1] كانت الجارية في يديه أنها كانت وديعة عنده من جهة فلان، فالقاضي يقول للمدعي: ماذا تريد؟ تريد أخذ العبد أو تريد أخذ قيمة الجارية، وإنما خيره؛ لأن المدعي لما أقام البينة أن الجارية ملكه، ظهر أن ذا اليد كان غاصباً، والجارية المغصوبة إذا قتلها عبد في يد الغاصب، وأخذ الغاصب العبد كان لمولى الجارية الخيار؛ لأنه لم يجد غير ذلك، كذا ههنا.

فإن قال: أريد أخذ عين العبد، فلا خصومة بينهما؛ لأن العبد المدفوع بالجناية يقوم مقام الجارية لحماً ودماً كأنه هي، ولو كانت الجارية قائمة في يد ذي اليد، وأقام ذو اليد بينة على الإيداع من الغائب لم يكن ذو اليد خصماً له، فكذا إذا قام العبد مقامها، وإن قال: أريد أخذ القيمة، كان خصماً له، ويقضي له بقيمة الجارية؛ لأنه يدعي ديناً في الذمة بسبب عين كانت في يده، وعلى هذا لا تندفع الخصومة عن ذي اليد، وإن أقام البينة على الإيداع، وقد مر هذا من قبل. وإذا قضى بقيمة الجارية على ذي اليد، وأخذها المدعي من ذي اليد، ثم حضر الغائب، وأقر بالوديعة أخذ العبد من يد ذي اليد؛ لأنه قام مقام ملكه، ويرجع ذو اليد على الغائب بما ضمن للمدعي من قيمة الجارية.

ولو أن الجارية لم يقتلها العبد، ولكن قطع يدها، ودفع العبد باليد، والأمة بحالها، لم يكن بينهما خصومة حتى يحضر الغائب، لا في الجارية ولا في العبد، أما في الجارية فظاهر، وأما في العبد فلأن العبد بدل اليد، وكذلك الأرش، وذكر أنه متى تعذر القضاء بالأصل تعذر القضاء بذلك الأرش، والله أعلم.

(١) ما بين القوسين في الأصل فقط.

النوع الثاني من هذا الفصل

أن يدعي المدعي مع دعوى الملك المطلق فعلا:

وهذا النوع ينقسم أقساما أيضا: القسم الأول: أن يدعي على ذي اليد بأن قال لذي اليد: هذا العين ملكي، غصبته مني، أو قال: أودعته منك، آجرته منك، أو ما أشبه ذلك، وقال ذو اليد: إنه لفلان الغائب، وصل إلي من يده بجهته كذا على نحو ما بينا، وفي هذا الوجه لا تندفع الخصومة من ذي اليد.

فرق بينما إذا ادعى فعلا على ذي اليد، وبينما إذا ادعى ملكا مطلقا، ولم يدع الفعل على ذي اليد، فإن هناك إذا أقام ذو اليد بينة على أنه لفلان الغائب، وصل إليه بوديعة، أو إجارة، أو ما أشبه ذلك، فإنه تندفع الخصومة عن ذي اليد.

والفرق أن في دعوى الملك المطلق صاحب اليد انتصب خصما بيده؛ لأن دعوى الملك المرسل لا يصح إلا على ذي اليد، فإنه لو ادعى دارا في يدي رجل، وليس في يده دار، لا تصح دعواه، فعلم أن في دعوى الملك المطلق صاحب اليد إنما ينتصب خصما [للمدعي][1] بحكم يده، ويده مترددة بين أن يكون له، فيكون خصما، وبين أن يكون لغيره، فلا يكون خصما، وبما أقام من البينة أثبت أن يده يد غيره، وإنها ليست بيد خصومة، إنما هي يد حفظ، أما في دعوى الفعل صاحب اليد إنما ينتصب خصما بدعوى الفعل عليه، وهو الغصب، لا بحكم اليد، ألا ترى أن دعوى الغصب كما تصح على ذي اليد يصح على غير ذي اليد، حتى إن من ادعى على آخر أنه غصب عبده، وليس في يده عبد، صحت دعواه، ويلزمه القيمة، قلنا فعله لا يتردد بين أن يكون له وبين أن يكون لغيره، حتى يقال بهذه البينة تبين أن فعل صاحب اليد فعل غيره، بل فعله مقصور عليه، وبهذه البينة لا يتبين أن الفعل لم يكن موجودا، فلهذا قال: لا تندفع الخصومة.

عبارة أخرى في الفرق: أن بينة صاحب اليد إنما تقبل إذا كان بينته يحيل خصومة المدعي إلى غيره، أما إذا كان بينته يبطل خصومته، فلا تقبل بينته؛ لأن اليد للإحالة لا

---

(١) هكذا في م، وكان في ظ: "فلنا و"، وكان في الأصل: "ولنا"، وفي ف: "فلن".

للإبطال.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا وقع الدعوى في الملك المطلق، فالمدعي ببينته يثبت استحقاق ملك الرقبة، فإذا أقام ذو اليد البينة أن الرقبة لغيره، وأن يده في الرقبة يد غيره، تتوجه الخصومة على ذلك الغير، فمتى قبلنا هذه البينة، كان في هذا إحالة الخصومة إلى غيره، وذلك صحيح.

أما إذا وقع الدعوى في الغصب على صاحب اليد، فالمدعي ببينته لا يثبت استحقاق الرقبة، وإنما يثبت وجوب الرد على صاحب اليد، فإن موجب الغصب وجوب الرد على الغاصب، والرد الواجب على الغاصب مما لا يمكن إحالته على غيره، فمتى قبلنا هذه البينة، كان في هذا إبطال خصومة المدعي أصلا، وإنه لا يجوز.

توضيحه: أن الدعوى إذا وقع في الغصب، فالمدعي يدعي على صاحب اليد فعله، وهذه الدعوى لا تصح على غيره، فلا يصح إحالته على غيره، أما الدعوى إذا وقعت في الملك المطلق، فالمدعي رقبة العين، وهذه الدعوى صحيحة على غيره، فيصح إحالته عليه.

عبارة أخرى للفرق: أن الدعوى إذا وقع في الفعل على صاحب اليد، فالمدعي ببينته يثبت على صاحب اليد أخذًا منه، أو تبوت عقد منه، وذلك كله يناقض دعواه أن فلانًا أودعه، أما إذا وقع الدعوى في الملك المطلق، فالمدعي ببينته يثبت ملك الرقبة لنفسه، وذلك لا يناقض دعوى صاحب اليد أن فلانًا دفعه إليه لجواز أن يكون الغير المدعي دفعه إلى صاحب اليد غيره، ثم إذا لم تندفع الخصومة عن صاحب اليد في هذا الفصل، وقضى القاضي للمدعي بالدار، ثم حضر الغائب، وأقام بينة أنه داره، كان دفعها إلى صاحب اليد وديعة، فالقاضي يقضي للذي حضر بالدار؛ لأن الذي حضر لم يصر مقضيًا عليه بالقضاء على صاحب اليد؛ لأن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد إنما يتعدى عن ذي اليد إلى من يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد، وإلى[1] من كان ذو اليد خصمًا عنه في الخصومة في الملك، والذي حضر لا يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد، وكذلك ذو اليد لم يكن خصمًا عن الذي حضر، فلا يتعدى القضاء إلى

(١) وفي م: "و" مكان "وإلى".

الذي حضر.

وكذلك لو أن صاحب اليد لم يقم بينة على ما ادعى ؛ لأن ما لا يقبل وجوده مثل عدمه، ثم إن محمداً رحمه الله صحح دعوى الغصب في العقار في هذا الفصل، قيل: إنه قول محمد، وقيل: إنه قول الكل. وكذلك فيما إذا وقع الدعوى في الملك المطلق لو لم يقم صاحب اليد بينة على ما ادعى من الإيداع وقضى القاضي بالدار للمدعي لو حضر الغائب، وأقام بينة على أن الدار داره، كان دفعها إلى صاحب اليد وديعة، فالقاضي يقضي بالدار الذي حضر، وطريقه ما قلنا.

١٧٦١٠ - قال: عبدٌ في يدي رجل، أقام العبد بينة أنه عبد الذي هو في يده، وأنه أعتقه، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبد فلان أودعه إياه، فالقاضي يقضي بعتق العبد، ولا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بما أقام من البينة ؛ إما لأن صاحب اليد انتصب خصماً للعبد بدعوى الفعل عليه، وهو الإعتاق، وفي مثل هذا لا يندفع الخصومة عن صاحب اليد بإقامة البينة على الإيداع من الغير، أو لأن بينة المدعي أثبت إعتاق صاحب اليد، وإعتاقه ينقض دعواه أنه عبد فلان أودعه إياه، ثم يقضي القاضي بالملك لصاحب اليد حتى يقضي عليه بالعتق، وإن كان هو يجحد الملك نفسه ؛ لأن العبد يدعي العتق من جهة ذي اليد، ولا يتمكن من إثبات العتق من جهة ذي اليد إلا بإثبات الملك لذي اليد، فكان للعبد إثبات الملك في رقبته لذي اليد، وإن كان ذو اليد منكراً، ثم إذا قضى القاضي بعتق العبد لو حضر الغائب، وأقام بينة أنه عبده، فإنه لا ينتفع بهذه البينة، ولا يرد العتق.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا ادعى رجل عيناً في يدي رجل ملكاً مطلقاً، وادعى أن صاحب اليد غصبه منه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن هذا العين ملك فلان أودعنيه، فإنه لا يندفع الخصومة عن ذي اليد بهذه البينة، ويقضي القاضي ببينته، فإن حضر الغائب بعد ذلك، وأقام بينة أن هذا العين له، أودعه صاحب اليد، فالقاضي يقضي للذي حضر بذلك العين أنها داره قبلت بينته، وقضينا بالدار له.

والفرق من وجهين: أحدهما أن البينة حجة شرعية، فيجب العمل بها ما لم يقض بعد ذلك ببطلان بينة اتصل بها قضاء القاضي ؛ لأن البينة التي اتصل بها قضاء القاضي

صارت حجة كاملة لترجح جهة الصدق فيها على جهة الكذب، فلا يجوز إبطالها.

إذا ثبت هذا، فنقول: في مسألة العتق لو قضينا للغائب ببينته، تبطل البينة التي أقامها العبد على العتق ضرورة؛ لأن المعتق لم يبق محلاً لحدوث الملك فيه، فلو قضينا بالملك للغائب يظهر أن العتق لم يكن، فيظهر بطلان تلك البينة ضرورة، وقد اتصل بها القضاء، فلا يجوز إبطاله، وهذا المعنى معدوم في الملك المطلق، فإنا لو قضينا ببينة الغائب، لا يظهر بطلان تلك البينة، إذ لا يظهر أن الملك لم يكن ثابتًا للمدعي بالقضاء الأول؛ لأن المحل يبقى محلاً لحدوث الملك فيه لغير المدعي بعد ما ثبت للمدعي، ولعل كان الملك للمدعي، ثم صار للغائب وقت إقامة البينة، فلهذا افترقا.

والثاني من الفرق: أن القضاء بالعتق على ذي اليد قضاء على الناس كافة، والقضاء بالملك المطلق على ذي اليد ليس بقضاء على الناس كافة، وبيان ذلك من وجوه: أحدهما: أن العبد بالعتق يستحق رق نفسه، والرق واحد في حق الناس أجمع؛ لأنه محل الملك، وإنما يختلف حكمًا باختلاف سببه، وسبب الرق لا يختلف، بل هو شيء واحد، وهو السبي الأول والولادة من رقيقه، ألا ترى أن الحكم المتعلق بالملك يبطل بتجديد سبب الملك، كالرد بالعيب، فإنه إذا باع المشترى، ثم اشتراه لا يرد على البائع الأول بعيب كان فيه يده، والحكم المتعلق بالرق يعود، ألا ترى لو حلف بعتق عبده، ثم باعه ثم اشتراه ثم حنث، عتق العبد، وإذا كان واحدًا، وقضى القاضي به للمدعي، يتناول[١] قضاء الناس أجمع؛ لأنه واحد، فلا يتصور مقضيًا به للمدعي فيحقه غير مقضي به في حق غيره مع كون الحجة حجة في حق الناس أجمع، والملك إذا اختلف جاز أن يقضي للمدعي بما كان لزيد، ويبقى فيه ما كان لعمرو غير مقضي به.

والثاني: أن القضاء بالعتق قضاء بسقوط مالية المحل، وهذا لا يتصور أن يكون ثابتًا لذي اليد وليس من ضرورة عدم الملك لذي اليد أن لا يكون ثابتًا لغيره.

والثالث: أن العتق تعلق به أحكام متعدية إلى الناس كافة من أهلية الشهادة، وثبوت الولايات وغير ذلك، فانتصب ذو اليد خصمًا عن الناس كافة، وكان القضاء على ذي اليد قضاء على الناس كافة، فصار الغائب مقضيًا عليه، والإنسان متى صار

---

(١) وفي الأصل: تناول

على أنه تندفع الخصومة عن ذي اليد كما هو مذهب القضاة الثلاثة، فوجه قول القضاة أن دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق، ألا ترى أن إعلامه ليس بشرط لصحة البينة حتى إن من قال لغيره: بعت منك عبدًا بألف درهم، وسلمته إليك، وأقام البينة على ذلك، قبلت بينته، وإن كان العبد مجهولاً؛ لأنه أقام البينة على البيع والتسليم، فكان دعوى الثمن لا غير، وهذا لأن الشراء ينتهي بالقبض، وبعد انتهائه لا يبقى حتى تكون دعوى العقد، فثبت أنه دعوى مطلق الملك، وهذه الدعوى تندفع عن صاحب اليد بإحالة اليد إلى غيره.

ووجه قول غيرهم من المشايخ من وجهين. أحدهما: أن دعوى العقد المذكور وهو الشراء بقي معتبرًا، ولم يصر كدعوى ملك مطلق، ولهذا لا يقضي القاضي للمدعي بالزوائد المنفصلة، ولا يرجع الباعة بعضهم على البعض، ولو صار بمنزلة دعوى الملك المطلق لكان الأمر بخلافه. الوجه الثاني: أن المدعي ببينته أثبت الشراء من صاحب اليد، وبيع صاحب اليد العبد من المدعي إقرار من صاحب اليد أن العبد مملوك له، وأن البيع قد صح، وأن العبد صار ملكًا للمشتري، فيصير متناقضًا في دعوى الإيداع من الغائب، فإذا صار متناقضًا لا يسمع دعواه الإيداع، ولا معتبر بالبينة بدون الدعوى، فصار وجودها والعدم بمنزلة. ولو انعدمت البينة على الإيداع أليس أنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد، كذا هنا.

ثم إذا لم تندفع الخصومة عن صاحب اليد في هذه المسألة على ما هو موضوع محمد، وهو ما إذا ذكر المدعي نقد الثمن، ولم يذكر قبض المبيع، ولم يشهد الشهود بقبض المبيع أيضًا، ووجب القضاء بالعبد لمدعي الشراء، فقبل أن يقضي القاضي لمدعي الشراء بالعبد حضر المقر له، وصدّق ذا اليد فيما أقر له به، فإن القاضي يأمر ذا اليد بدفع العبد إلى المقر له، ثم يقضي بالعبد لمدعي الشراء على المقر له، ولا يكلف مدّعي الشراء إعادة البينة على المقر له، أما يؤمر صاحب اليد بدفع العبد إلى المقر له؛ لأن الإقرار من صاحب اليد بكون العبد ملكًا للمقر له وجد في حال أنه ملكه ظاهرًا بحكم يده، فاعتبر إقراره في حق نفسه، فأمر بتسليم العبد إلى المقر له، وأما لا يكلف مدعي الشراء إعادة البينة على المقر له؛ لأن بينته قد صحت ظاهرًا لكون صاحب اليد خصمًا له من حيث الظاهر، واستحق هو القضاء بهذه البينة، فصاحب اليد بإقراره يريد إبطال البينة

القائمة عليه ، ويريد إبطال استحقاقه القضاء بهذه البينة ، فلا يقدر عليه ، واعتبر إقرار صاحب اليد في حق نفسه دون المدعي ، وصار الغائب عند حضرته بمنزلة الوكيل بالخصومة عن ذي اليد ، وهذا لأن صاحب اليد لما أقر بالملك للغائب والخصومة أبدًا تكون إلى المالك ، فقد فوّض الخصومة إليه ، فصار حاضرًا مستأنفًا في حق المدعي كأن المدعي أقام البينة على ذي اليد ، فقبل أن يزكي شهوده وقضى له بالعبد وكّل ذو اليد رجلًا بخصومة المدعي ، ودفع العبد إليه ، وهناك إذا زكيت الشهود ، يقضى بالعبد للمدعي ، ولا يكلف المدعي بإعادة البينة ، كذا ههنا ، ويكون المقضي عليه في هذه الصورة صاحب اليد دون المقر له ؛ لأن المقر له بمنزلة الوكيل عنه ، ولأجل هذا المعنى ظنّ بعض مشايخنا أن ما ذكر من الجواب في الكتاب قولهما ، لا قول أبي حنيفة ؛ لأنهما يريان جواز التوكيل ولزومه من غير رضا الخصم ، وأبو حنيفة لا يرى ذلك ، وليس الأمر كما ظنوا ؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله إنما لا يرى ذلك قصدًا ، والتوكيل ههنا لا يثبت قصدًا ، وإنما يثبت حكمًا للإقرار بالملك ، وكم من شيء يثبت حكمًا ولا يثبت قصدًا ، فلهذا قضى القاضي للمدعي على صاحب اليد من غير إعادة البينة ، فإن قال المدعي : أنا أعيد البينة على المقر له ، كان له ذلك ، ويكون المقضي عليه في هذه الحالة المقر له ، لا ذا اليد بخلاف ما إذا قال المدعي : لا أعيد البينة ، فإن المقضي عليه في هذه الصورة ذو اليد لا المقر له .

والفرق : أن المدعي إذا لم يرض بإعادة البينة ، لم ينفذ إقرار ذي اليد في حق المدعي ، كيلا يلزمه إعادة البينة ، فكان وجود إقراره كعدمه ، ولو عدم منه البينة ، كان المقضي عليه ذو اليد ؛ لأن البينة قامت عليه ، وهو لم يكن وكيلًا عن المقر له ، فأما إذا قال : أنا أعيد البينة ، فقد رضي ببطلان ما أقام على ذي اليد من البينة ، فنفذ إقرار ذي اليد على المدعي ، وثبت الملك للمقر له في حق المدعي ، وصار المقضي عليه في هذه الحالة المقر له لا صاحب اليد . فلو أن القاضي لم يقض بالعبد للمدعي على الذي حضر حتى أقام الذي حضر بينته على المدعي أن العبد عبده ، كان أودعه من صاحب اليد ، أو أقام البينة أن العبد عبده ، ولم يقم البينة على الإيداع ، قبلنا بينته ، وقضينا بالعبد له ، وأبطلنا بينة مدعي الشراء ؛ لأن الذي حضر أثبت ببينته أن مدعي الشراء أقام البينة على غير الخصم .

فإن قيل : ينبغي أن لا تقبل بينة الذي حضر على مدعي الشراء ؛ لأن العبد في يد

الذي حضر ، وذو اليد إذا أقام بينة على أن ما في يده ملكه ، لا تقبل بينته ، لاستغنائه عن إقامة البينة ، لكون الملك ثابتاً له بظاهر اليد .

قلنا : بينة الذي حضر عندنا لا تقبل لإثبات الملك لنفسه ، وإنما تقبل لإبطال بينة مدعي الشراء ؛ لأن الذي حضر بينة يثبت أن المدعي أقام البينة على غير الخصم ، وبينة ذي اليد على إبطال بينة المدعي مقبولة ، كما لو أقام ذو اليد بينة أن شهود المدعي عبيد أو كفار ، وما أشبه ذلك ، فإن أقام المدعي بينة بعد ذلك على إقرار المقر له ، قبلت بينته ، ويقضي بالعبد له ؛ لأنه خارج ، والمقر له ذو اليد ، والخارج مع ذي اليد إذا أقام البينة ، والخارج يدعي الشراء من خارج آخر ، تقبل بينة الخارج ، ويقضي به على ذي اليد ، كذا ههنا .

هذا إذا أقام المقر له بينة قبل القضاء للمدعي ، فأما إذا أقام بينة بعد القضاء للمدعي ، لكن بالبينة التي قامت على صاحب اليد ، بأن لم يعد المدعي بينة على صاحب اليد ، قبلت بينته أيضاً ، ويقضي له بالعبد على المدعي ؛ لأن المقر له لم يصر مقضياً عليه ، إنما المقضي عليه ذو اليد على ما مر .

فإن قال مدعي الشراء : أنا أقيم البينة على المقر له أن العبد كان لصاحب اليد ، وأني اشتريته منه ، فهذا على وجهين . إما أن أعاد البينة بعد ما قضى القاضي للذي حضر ببينته ، أو قبل ذلك ، فإذا أعاد بعد القضاء لا تقبل بينته ؛ لأن المدعي صار مقضياً عليه من جهة الذي حضر ببينته أقامها عليه ، وبينة المقضي عليه فيما صار مقضياً عليه لا تقبل ، وإن أعاد قبل القضاء ، قبلت بينته ، وقضى بالعبد له ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه ، فينبغي أن تقبل بينته .

فإن قيل : كيف تقبل بينة المدعي في هذه الصورة ، وأن الملك قد ثبت له بقضاء القاضي ، وكان مقيماً البينة على إثبات ما هو ثابت؟ قلنا : إنما قبلت بينته ليصير المقر له مقضياً عليه بهذه البينة ، فلا تقبل بينة المقر له بعد ذلك على هذا المدعي ، لا لإثبات الملك له مقصوداً بالبينة ، ألا ترى أنه إذا أعاد البينة على المقر له ، قبلت ، وإن لم يكن المدعي محتاجاً إلى البينة لإثبات الملك ، إنما قبلت لتصير المقر له مقضياً عليه ، فلا تقبل بينته بعد ذلك على المدعي ، كذا ههنا .

ثم إن محمدًا رحمه الله قال في الفصل الأول ، وهو ما إذا لم يقض القاضي بالعبد للمدعي على الذي حضر حتى أقام الذي حضر بينته أن العبد عبده ، كان أودعه من صاحب اليد ، قبلنا بينته ، وقضينا بالعبد له ، وأبطلنا بينة مدعي الشراء .

حكي عن الفقيه محمد بن حامد : أنه كان يقول : ينبغي أن يقضي بالعبد بين الذي حضر وبين مدعي الشراء نصفان ، ووجه ذلك أن اليد التي للذي حضر في العبد غير معتبرة . ألا ترى أن بينته قبلت على مدعي الشراء ، ولو كانت يده معتبرة لما قبلت بينته ؛ لأن بينة ذي اليد على دعوى الملك المرسل لا تقبل ، خصوصًا إذا كان ثمة بينة تعارضها ؛ أو نقول بعبارة أخرى : العبد وإن كان في يد الذي حضر حقيقة ؛ فهو في يد صاحب اليد الأول حكمًا ، ألا ترى أن المدعي لا يكلف إعادة البينة على الذي حضر ولو لا أنه جعل في الحكم كأنه في يد المقر له ، وإلا يكلف إعادة البينة ، فيثبت أن العبد إذا كان في يدي الذي حضر حقيقة ، فهو في يد صاحب اليد الأول حكمًا ، وإذا كان هكذا كان الذي حضر خارجًا في العبد ، كمدعي الشراء ، وقد أقام كل واحد منهما البينة على أن العبد له ، فينبغي أن يقضي بينهما نصفان .

وقال الفقيه محمد بن حامد : هكذا بلغني أن ابن سماعة كتب بهذا إلى محمد بن الحسن ، واحتج عليه بمسألة يأتي ذكرها بعد هذا - إن شاء الله تعالى - وكتب في الجواب : أن الصحيح أن يقضي بالعبد بينهم نصفان .

حكي عن الشيخ الإمام أبي نصر الصفار أنه كان يقول : إن شيخنا أبا الهيثم ما كان يحكي لنا الطعن بكلام ابن سماعة في هذه المسألة ، وإنما يحكي ما يأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - وكان يقول : ما ينبغي أن يكون في هذه المسألة طعن ؛ لأن أكثر ما في الباب أنا نجعل الذي حضر خارجًا حكمًا ، والمدعي خارج حقيقة مع هذا القضاء ببينة الذي حضر أولى ، ويجوز أن يترجح أحد الخارجين على الآخر على ما عرف .

وبيان وجه الترجيح ههنا : أن مدعي الشراء يدعي الاستحقاق من جهة صاحب اليد الأول ، والذي حضر يدعي الاستحقاق على صاحب اليد الأول ، ولهذا أثبت الترجيح لبينة الذي حضر ؛ لأن الذي يدعي الاستحقاق على صاحب اليد يثبت بطلان تصرف صاحب اليد ، وبيعه من المدعي ، فبينته تثبت زيادة على بينة المدعي .

ونظير ما قلنا في عبد في يدي رجل، جاء رجل وأقام بينة أنه عبده، ورثه من أبيه، كانت بينة مدعي الشراء أولى؛ لأنه يدعي الاستحقاق على العاقد، وهذا يدعي الاستحقاق من جهة الأب، كذا هنا.

قال: وإن كان مدعي الشراء أقام شاهداً واحداً على الشراء من ذي اليد، فأقر صاحب اليد أن العبد لفلان الغائب، أودعنيه، وأبى أن يقيم شاهداً آخر، حضر فلان، وصدق صاحب اليد فيما أقر، أمر بتسليم العبد إلى الذي حضر على ما مر، ثم إن المدعي أقام شاهداً آخر على الشراء قضي بالعبد له، ولا يكلف إعادة الشاهد الأول على الذي حضر؛ لأن إقامة الشاهد الأول على ذي اليد صح من حيث الظاهر، واستحق المدعي القضاء بشهادته عند انضمام شاهد آخر إليه، فلا يبطل هذا الاستحقاق بإقرار ذي اليد للمقر له، ويكون المقضي عليه صاحب اليد، لا الذي حضر؛ لأن الشاهد الثاني منضم إلى الشاهد الأول. أما الشاهد الأول غير منضم إلى الشاهد الثاني.

بيانه: أن الشاهد الأول أقام على من هو خصم من حيث الظاهر، وهو صاحب اليد، والشاهد الثاني أقام على الذي حضر، ويمكن أن يجعل الذي حضر تبعاً لصاحب اليد؛ لأن صاحب اليد رضي بتفويض الخصومة إليه، فيمكن النقض حينئذ، فضممنا الشاهد الثاني إلى الشاهد الأول، وجعلنا الشاهد القائم على الذي حضر كالقائم على صاحب اليد، وجعلنا الذي حضر كالوكيل عن صاحب اليد، أما لو ضممنا الشاهد الأول إلى الشاهد الثاني، لا يمكن النقض؛ لأن الذي حضر لم يرض بخصومة صاحب اليد، فلم يمكن أن يجعل صاحب اليد تبعاً للذي حضر، فلهذا ضم الشاهد الثاني إلى الشاهد الأول، وإذا جعلنا كذلك صار كأن المدعي أقام الشاهد على صاحب اليد، وهناك المقضي عليه صاحب اليد لا الذي حضر، كذا هنا.

وما يقول محمد في الكتاب: إنه يقضي بشهادة الشاهدين على رب العبد أراد به القضاء في حق الأخذ والانتزاع من يده، لا في حق الملك، بدليل أنه ذكر بعد هذا أن الذي حضر وهو المقر له لو أقام البينة أن العبد عبده، قبلت بينته، ولو صار مقضياً عليه لما قبلت بينته.

ولو أن مدعي[1] الشراء لم يقم على صاحب اليد على الشراء لا شاهدين، ولا شاهداً واحداً حتى أقر صاحب اليد أن هذا عبد فلان أودعنيه، ثم حضر المقر له، وصدّق صاحب اليد فيما قال، ودفع العبد إليه، ثم أقام المدعي شهوداً على المقر له أن هذا العبد كان لصاحب اليد أني اشتريته منه، وقضى القاضي بذلك، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب، قيل: ينبغي أن يكون المقضي عليه في هذه الصورة المقر له؛ لأن إقرار صاحب اليد قبل إقامة المدعي البينة أصلا صحيح في حق المدعي، إذ ليس فيه إضرار بالمدعي، فصح، فصار الثابت بالإقرار كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة أن العبد للمقر له، وقضى القاضي له بالعبد، ثم أقام مدعي الشراء بينة أن العبد كان لصاحب اليد، وأنه اشتراه منه، وقضى القاضي لمدعي الشراء، كان المقضي عليه المقر له دون ذي اليد، كذا ههنا، بخلاف الفصل الأول والثاني؛ لأن ثمة إقرار ذي اليد لم يصح في حق المدعي أصلا؛ لأنه لو صح بطل ما أقام المدعي من البينة، فتضرر به المدعي بإعادة البينة، أما ههنا فبخلافه.

١٧٩١٢ - قال محمد: في دار في يدي رجل، فأقام رجل البينة أنها داره، اشتراها من ذي اليد، ونقده الثمن، وقبض الدار، وأقام الذي في يديه بينة أنها دار فلان أودعنيها، فلا خصومة بينهما، وهي المسألة التي يشهد بالقضاة الثلاثة في مسألة العبد، ولو لم يشهد شهود المدعي على قبض المبيع، وباقي المسألة بحاله، لم تندفع الخصومة عن ذي اليد، ويقضي القاضي بالبيع عليه، ويأمره بتسليمها إلى المدعي.

قال: ولو ادعى المشتري على صاحب اليد المشتري والقبض، وصدّقه صاحب اليد في ذلك، ثم ادعى صاحب اليد أنها وديعة لفلان، وأقام البينة، فلا خصومة بينهما؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت بالبينة، ولو ثبت الشراء والقبض بالبينة، وباقي المسألة بحالها، قد ذكرنا أنه لا خصومة بينهما، فكذا إذا ثبت بالتصادق.

ولو ادعى المشتري على صاحب اليد الشراء بدون القبض، وصدّقه صاحب اليد في ذلك، ثم أقام صاحب اليد بينة على أنها وديعة عنده من جهة فلان، لا تندفع عنه الخصومة؛ لأنه لو ثبت الشراء بدون القبض بالبينة، وباقي المسألة بحالها، لا تندفع

---

(١) وكان في الأصل: "ولو أن صاحب مدعي الشراء".

الخصومة عن صاحب اليد، فكذا إذا ثبت بالتصادق.

توضيح الفرق بينهما أن تصديق صاحب اليد المدعي في الشراء والقبض لا يناقض دعواه الإيداع من الغائب؛ لجواز أنه اشتراها من صاحب اليد، ثم آجرها من الغائب، أو رهنها منه، أو باعها منه، ثم إن الغائب أودعها من صاحب اليد، وإذا لم يوجب ذلك تناقضا في دعواه الإيداع من الغائب، لا يمنع ذلك سماع دعوى الإيداع من الغائب، أما تصديق صاحب اليد المدعي في الشراء بدون القبض يناقض دعواه الإيداع من الغائب؛ لأن المشتري لايملك التصرف في المشتري[١] قبل قبض المبيع، فبعد البيع منه قبل التسليم لا يتصور الإيداع من الغائب، فيكون هو مناقضاً في هذه الدعوى، فلا تسمع دعواه.

حكى هذا الفرق عن القاضي الإمام أبي عاصم العامري، لكن هذا الفرق إنما يستقيم على قول محمد رحمه الله؛ لأن وضع المسألة في الدار والتصرف في العقار قبل القبض مما لا يجوز على قول محمد، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله: التصرف في العقار قبل القبض جائز، فلا يستقيم هذا الفرق على قولهما.

١٧١٦٣ - وإذا ادعى داراً في يدي رجل أن صاحب اليد وهبها منه، أو آجرها منه، أو رهنها منه، أو تصدق بها عليه، وأنه قبضها منه، وأقام ذو اليد البينة أنها دار فلان أودعها إياه، فإنه لا تندفع عنه الخصومة، هكذا ذكر محمد رحمه الله في "الجامع"، وروى الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار في "شرح الجامع" عن القاضي أبي الهيثم عن القضاة الثلاثة: أن ما ذكر في الكتاب أنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد قول محمد في الرهن والإجارة، فأما في الهبة والصدقة ينبغي أن تندفع الخصومة عن ذي اليد؛ لأن في الرهن والإجارة ادعى عليه فعلاً، ولم يقع الفراغ عن جميع أحكامها، فإن من حكمها إدامة القبض، وأنه لو عاد إلى يد الراهن أو الآجر يسقط حكم الرهن والإجارة، فبقي دعوى الفعل معتبراً، أما في الهبة والصدقة وقع الفراغ من حكمها؛ لأن شرط صحتها أصل القبض لا إدامة القبض، فإنها لو عادت إلى يد الواهب والمتصدق، لا يبطل حكم الهبة والصدقة، فيسقط اعتبار دعوى الفعل.

ومن المشايخ من قال: ما ذكر جواب الكل، وهو الظاهر، فإن محمداً رحمه الله

(١) وفي ف: "المبرات".

جميع بين الكل، وذكر عقيبها جوابًا، والظاهر أنه أراد به جواب الكل، ووجه ذلك أن ذا اليد انتصب خصمًا للمدعي بدعوى الفعل عليه، ولم يسقط اعتبار دعوى الفعل [إليه][1]، وإن استوفى أحكامه، ولم يصر بمنزلة دعوى ملك مطلق، بدليل أنه لا يقضى للمدعي بالزوائد المنفصلة[2]، ولا ترجع الباعة بعضهم على البعض، فبقي دعوى الفعل معتبرًا، ولا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بإثبات الإيداع من الغائب.

القسم الثاني من هذا النوع:

١٧١١٤- أن يدعي المدعي الفعل على غير صاحب اليد، صورته: ادعى عينًا في يدي رجل أنه له، غصبه منه فلان، والجواب فيه كالجواب فيه إذا لم يدع الفعل أصلاً، هكذا ذكر في «شرح الجامع»، وذكر محمد رحمه الله في «كتاب السرقة»: إذا ادعى ثوبًا في يدي رجل أنه ثوبه، سرقه منه فلان الغائب، وأقام على ذلك بينة، وأقام الذي في يديه بينة أنه وديعة عنده من جهة فلان الغائب، لا تندفع الخصومة عن ذي اليد، ويقضى بالثوب للمدعي، وهذا استحسان، والقياس أن تندفع كما لو قال: هذا ثوبي غصبه مني فلان، وأقام صاحب اليد بينة على أنه وديعة عنده من جهة فلان الغائب.

وجه الاستحسان: أنا لو دفعنا الخصومة عن صاحب اليد فيه يصير ذلك سببًا لوجوب الحد على الغائب؛ لأن المدعي يجيء، ويثبت السرقة عليه، ويقضى عليه بالقطع؛ لأنه ظهر سرقته قبل أن وصل العين إلى المالك، فأما إذا لم تندفع الخصومة عن ذي اليد، وقضينا بالثوب للمدعي، لا يجب القطع على الغائب بعد ذلك، وإن ظهر سرقته؛ لأنه إنما يظهر سرقته بعد ما وصل العين إلى المالك، ويحتال بدرء الحد ما أمكن، فلم تندفع الخصومة عن ذي اليد في هذه الصورة احتيالاً لدرء الحد، بخلاف مسألة الغصب؛ لأن هناك لو دفعت الخصومة عن ذي اليد إذا أثبت المدعي بعد ذلك الغصب على الغائب، لا يلزم الغائب حدًا.

١٧١١٥- وفي «كتاب السرقة» أيضًا: رجل ادعى ثوبًا في يدي رجل، أنه ثوبه

---

(١) هذا اللفظ في الأصل وف: فقط.

(٢) وفي الأصل: المتصلة.

غصبه منه فلان الغائب، وأقام على ذلك بينة، وقال صاحب اليد: فلان ذلك أودعنيه، فلا خصومة بينهما، وإن لم يقم صاحب اليد بينة على الإيداع.

١٧١١٦ - وفي «الجامع» عن هذا الجنس: رجل ادعى دابة في يدي رجل، وقال في دعواه: هذه الدابة كانت دابة فلان، وقد اشتريتها منه. وقال ذو اليد: فلان ذلك أودعنيها، فلا خصومة بينهما، وإن لم يقم ذو اليد بينة على دعواه؛ لأنهما تصادقا على أن يده يد غيره، والمدعى عليه يدعي ذلك صريحاً، والمدعي يدعي ذلك في ضمن دعوى الشراء منه؛ لأن الشراء لا يصح إلا من صاحب اليد، فدعواه الشراء من الغائب إقرار منه باليد للغائب، والآن يراها في يد صاحب اليد، فالظاهر وصولها إلى ذي اليد من جهة فلان، فعلم أن كون هذا اليد يد غيره ثبت بتصادقهما، فاستغنى عن إثباته بالبينة.

عبد في يدي رجل: أقام بينة على ذي اليد أنه عبد فلان، وأن فلاناً أعتقه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن فلاناً ذلك أودعه إياه، فالقاضي لا يقضي بعتق العبد؛ لأن العبد مع صاحب اليد تصادقا على أنه ملك فلان، وأن بينة العبد على العتق غير مقبولة منه؛ لأن بينته على العتق قامت على غير خصم؛ لأن صاحب اليد ليس بخصم عن[1] الغائب في دعوى العتق عليه، فصار وجود هذه البينة والعدم بمنزلة، ولكن القاضي يقف العبد، ويحول بينه وبين صاحب اليد، وهذا استحسان، والقياس أن لا يحول.

ووجه القياس في ذلك: أن العبد قد أقر على نفسه بالرق، فإنه أقر أنه كان لفلان، فلو وجب الحيلولة إنما وجبت إذا ثبت العتق بهذه البينة، ولم يثبت على ما ذكرنا.

وجه الاستحسان: أن في هذه البينة شيئين: أحدهما: العتق، وذو اليد ليس بخصم فيه، والآخر: قصر يد صاحب اليد، وهو خصم في ذلك، وأحدهما منفصل عن الآخر؛ لجواز أن يكون عبداً، ولا يكون لصاحب اليد حق إمساكه، فيقبل البينة فيما هو خصم فيه، وهو قصر يده، وإن كان لا يقبل فيما ليس بخصم فيه، وهو العتق.

(١) وفي م: على.

ونظير هذا ما لو وكّل رجلاً بنقل[1] امرأته إلى موضع ، فأقامت المرأة البينة أنه طلقها ، والموكل غائب ، فإنه يُقبل هذه البينة في حق قصر يد الوكيل عن نقلها ، للمعنى الذي ذكرنا ، كذا ههنا ، فلم يجعل دعوى العتق على الغائب في هذه المسألة دعوى على ذي اليد ، وفي المسألة المتقدمة جعل القضاء بالعتق على ذي اليد قضاء على الغائب ، وجعل ذو اليد خصماً على الغائب في الإنكار .

والفرق : أن في دعوى العتق على الغائب أمكن مراعاة الحقين من غير إبطال الحرية للعبد ، بأن يقصر يد ذي اليد عن العبد باعتبار حق الله تعالى ، حتى لا يستعمل ذو اليد حراً على قدرته ، ولا يقضي بالعتق باعتبار ما للمولى من العبد من الحق ، وهو الملك حتى يحضر الغائب ، وليس في مراعاة الحقين إبطال حق العبد في الحرية ، بل فيه تأخير إلى أن يحضر الغائب ، فيقيم البينة عليه ، فيقضى له بالعتق ، فأما في دعوى العتق على ذي اليد متى راعينا جانب الملك ولم نجعل الغائب مقضياً عليه ، أدى[2] إلى إبطال حق الله تعالى ، وحق العبد في الحرية ، فإنه يرد رقيقاً بعد ما حكمنا بعتقه على ذي اليد ، بحيث لا يمكنه إثبات العتق بعد ذلك ، فتعذر مراعاة الحقين ، ووجب مراعاة أحدهما ، وكان مراعاة حق الله تعالى أولى ، ثم في هذه المسألة إذا حال القاضي بين العبد وبين صاحب اليد يستوثق من العبد بكفيل ؛ لأن من الجائز أن العبد كان محتالاً في هذه الدعوى ، وإنه قصد بهذا أن يزيل صاحب اليد عن نفسه حتى يستوثق منه بكفيل صيانة لحق الغائب ، وإذا حضر الغائب ، كلف القاضي العبد إعادة البينة ؛ لأن البينة الأولى لم تكن معتبرة على ما مر ، فإن أعاد قضى بعتقه وإلا دفع إلى مولاه .

وكذلك لو أقام العبد البينة أنه عبد فلان الغائب ، وأنه أعتقه ، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان لإنسان آخر دفعه إليه وديعة ، أو إجارة أو رهناً ، لا يقضي القاضي بعتقه ، وفي الحيلولة قياس واستحسان على ما مر ، ولو زعم ذو اليد أنه عبد ، فلان الغائب أودعه إياه ، وقال العبد : كنت عبداً له ، إلا أنه أعتقني ، أو قال العبد : كنت عبداً لفلان الآخر أعتقني ، لا يقبل قول العبد في العتق ، فرق بين هذا ، وبينما إذا قال : أنا حرّ الأصل

---

(1) هكذا في ظ و ب و م ، وكان في الأصل : «قوماً» .

(2) هكذا في ظ ، وكان في الأصل و ب و م : «يؤدي» .

حيث يقبل قوله في ذلك . والفرق أن العبد في دعوى الإعتاق أقر على نفسه بالملك والرق ، وادعى زواله بالإعتاق ، فلا يصدق إلا بحجة .

وقوله: أنا حر الأصل إنكار لثبوت الملك والرق واليد على نفسه ، والقول قول المنكر في الشرع ، ألا ترى أن فلاناً لو كان حاضراً ، وادعى أن العبد ملكه ، وقال العبد: أنا حر الأصل ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل في الآدمي الحرية ، فكان منكراً ثبوت الملك واليد على نفسه ، ولو قال: كنت عبداً له إلا أنه أعتقني لا يقبل قوله ؛ لأنه ادعى زوال الملك بعد ما أقر به ، كذا هنا .

فإن قيل في قوله: أنا حر الأصل ، ينبغي أن يكون القول قول ذي اليد ؛ لأن العبد في يدي ذي اليد من حيث الحقيقة ، وقول الإنسان فيما في يده مقبول ، ألا ترى أنه لو كان في يده ثوب أو دابة ، يقبل قوله في أنه لفلان ، وطريقه ما قلنا .

قلنا: نعم العبد في يدي ذي اليد حقيقة ، إلا إنا نعلم بيقين أن يده على العبد حادثة ؛ لأن يد المالك على الآدمي يكون حادثة لا محالة ؛ لأن الأصل في الآدمي الحرية ، وإنما تثبت يد الغير ، فيكون القول قول من كان اليد له في الأصل ، لا قول من كان في يده في الحال ، كثوب عرفناه في يد رجل ، ثم رأيناه في يدي رجل آخر ، وتنازعا فيه ، كان القول قول من كان العبد في الأصل له ، لا قول من له اليد في الحال ؛ لأنا تيقنا بحدوث يده ، كذا ههنا .

ولو قال العبد: أنا حر الأصل ، وأقام الذي في يديه بينة أنه عبد فلان ، أودعه مني ، قضيت به[1] عبداً لفلان ، ودفعته إلى الذي هو في يديه .

فرق بين هذا وبينما إذا ادعى رجل هذا العبد ملكاً مطلقاً ، وأقام ذو اليد البينة أنه عبد فلان أودعه إياه ، واندفعت الخصومة عن ذي اليد ، فإنه لا يصير العبد مقضياً به للغائب ، حتى لو حضر ، وأنكر أن يكون العبد له ، لا يلزمه العبد ، وههنا لو حضر الغائب ، وأنكر أن يكون العبد له ، لزمه العبد .

والفرق: وهو أن هناك العبد في يدي ذي اليد حقيقة ؛ لأنه مملوك مرقوق[2] محل

---

(١) وفي ب : قضيت له .

(٢) هكذا في ب ، وكان في الأصل وجـ وم : مرفوق .

للموت ذا غير عيبه، وقد ثبت يد صاحب اليد حقيقة، فيمكنه حفظه، فلا حاجة إلى إثبات الملك للغائب في حق ذي اليد ليمكنه الحفظ، وإنما حاجة ذي اليد إلى دفعه الخصومة عن نفسه، ويمكنه ذلك بإثبات وصول العين إليه من جهة الغائب، فلا ضرورة إلى إثبات الملك للغائب.

أما في مسألة العبد إذا ادعى حرية الأصل صار في يد نفسه، وزال عنه يد ذي اليد، فالأمر أن القول قوله في أنه حر الأصل، وذو اليد محتاج إلى إعادة يده عليه ليمكنه إقامة ما هو مأمور به، وهو الحفظ، ولا يمكنه إعادة يده عليه إلا بعد إثبات الملك للغائب، فصار هذا مأموراً من جهة الغائب بإثبات الملك له؛ لأن الأمر بالشيء أمر به، وبما لابد له منه، فصار وكيلاً عن الغائب في إثبات الملك له، والبينة القائمة من ذي اليد كالبينة القائمة من الغائب.

أما في تلك المسألة فلا حاجة إلى إثبات الملك للغائب، فلم تكن البينة القائمة من ذي اليد كالبينة القائمة من الغائب، فيقضى بالملك للغائب فيها، ولم يقض له ههنا لهذا

والفرق أيضاً بين هذه المسألة، وبينما إذا ادعى رجل عبداً أنه له، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبد فلان أودعه، فالقاضي لا يقضي ببينة المدعي، فلم يجعل إقامة البينة على ذي اليد بالملك بمنزلة إقامة البينة على المالك، وفي هذه المسألة جعل إقامة البينة من ذي اليد على رق العبد بمنزلة إقامة البينة من المالك.

والفرق: وهو أن المودع خصم فيما يثبت حق عليه، وإقامة البينة على رق العبد استحقاق له، فيصح من المودع، وإقامة البينة من العبد استحقاق على المودع، فلا تصح على المودع.

بيان هذا الكلام: أن المودع مأمور بالحفظ، فيملك ما يرجع إلى الحفظ، ولا يملك ما لا يرجع إلى الحفظ، والاستحقاق عليه ليس من الحفظ في شيء، فلا يكون نائباً عنه في ذلك، فأما الاستحقاق له من الحفظ، فيكون نائباً عنه في ذلك.

قال: ولو أقام ذو اليد بينة أن فلاناً أودعه إياه، ولم يشهدوا أنه له، لا يُلتفت إلى هذه الشهادة، حتى لا يُعاد العبد إلى يده؛ لأن الثابت بهذه البينة مجرد الإيداع،

والإنسان كما يودع ولده عند صديقه، وقد يطلب منه أن يحفظه، فلم يثبت الرق بهذه الشهادة، فبقيت الحرية الثابتة بالظاهر.

ولو أقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان أودعه إياه، أو أعاره، أو رهنه منه، وأقام العبد بينة أنه حر الأصل، لم تبطل بينته، ولا يقضي بعتق العبد، كما لو أقام العبد البينة على العتق تعارض على الغائب على ما مر، وفي الحيلولة قياس واستحسان، كما بينا، فإذا حضر المقر له، فإن أعاد العبد البينة على أنه حر الأصل، يقضي بكونه حر الأصل، وإن لم يعد بقي رقيقاً، ولا يكلف المقر له إعادة البينة أنه عبده؛ لأنه صار المودع خصماً عنه في إثبات الملك فيما إليه تثبيت الحفظ، فكأنه أقام البينة بنفسه.

فرق بين هذه المسألة، وبينما إذا ادعى العبد على صاحب اليد أنه أعتقه، وقضى القاضي بعتق العبد، فإن هناك لا يقضي بكونه عبداً، والفرق: أن هناك قد قضينا بحرية العبد على صاحب اليد؛ لأن العبد ادعى العتق عليه، ومتى قضينا بالعتق عليه، كان هذا قضاء على الناس كافة، أما ههنا لم يقض له بالعتق؛ لأنه لا يدعي الإعتاق على أحد، ولكنه يدعي كونه حرّ الأصل، وذو اليد ليس بخصم في هذا، فلا يقضى ببينته، وإذا لم يقض بحريته بقيت دعوى الرق من الغائب.

١٧٦١٧ - قال محمد: رجل في يديه دار، أقام رجل بينة أنها داره، اشتراها من عبد الله بألف درهم، ونقده الثمن، وقال ذو اليد: أودعنيها عبد الله الذي يدعي الشراء منه، فإنه لا خصومة بينهما حتى يحضر عبد الله، ولا يخصم الذي في يديه بينة على ما ادعى؛ لأن المدعي أقر بالملك لعبد الله، وادعى الاستحقاق عليه بالشراء، والدعوى لا تسمع إلا على خصم، وذو اليد ليس بخصم له في ذلك.

توضيحه: أن المدعي يدعي تلقي الملك من جهة عبد الله، وذو اليد ليس بخصم لعبد الله في هذا العين بعدما أقر به لعبد الله، ألا ترى أنه لو حضر عبد الله يؤمر بالتسليم إليه من غير بينة ولا يمين، وإذا لم يكن خصماً لعبد الله، كيف يكون خصماً لمن يدعي تلقي الملك من جهته؟ ولأنه يثبت وصول الدار إلى يد ذي اليد من جهة عبد الله بتصادقهما على ذلك من حيث الظاهر؛ لأن المدعي لما ادعى الشراء من عبد الله، فقد أقر أنها كانت في يده؛ لأن الشراء لا يصح إلا من صاحب اليد، وذو اليد لما أقر بالإيداع من

عبد الله، فقد أقر له باليد أيضاً؛ لأن الإيداع من عبد الله لا يتصور إلا بعد أن يكون في يده. وإذا ثبت اليد لعبد الله بتصادقهما يثبت تصادقهما على الوصول إلى يد ذي اليد من جهة عبد الله من حيث الظاهر؛ لأنا لا نعرف يداً ثالثة فيها حتى نحيل وصولها إلى يد ذي اليد من يد ثالثة، فتعين وصولها إلى يده من جهة عبد الله، فهو معنى قولنا: إنهما تصادقا على وصول هذا العين إلى يد ذي اليد من جهة عبد الله من حيث الظاهر.

وهذا بخلاف ما لو قال ذو اليد: أودعنيها عمرو وكيل عبد الله، حيث لا تندفع الخصومة ما لم يقم البينة عليه؛ لأنه لم يثبت وصول هذه الدار إلى يده من جهة عبد الله بوجه ما؛ لأن المدعي إن صار مقراً من حيث الظاهر بوصول الدار إلى يده من جهة عبد الله ما ادعى الشراء منه إلا أن صاحب اليد كذبه في ذلك، وقال: ما وصل إلي من جهة عبد الله، ولم يثبت الوصول إلى يده من جهة عمرو بإقرار ذي اليد، لإنكار المدعي ذلك، بخلاف ما نحن فيه على ما بينا.

وإن قال المدعي للقاضي: حلف الذي في يديه الدار أن عبد الله أودعها إياه كما قال، فالقاضي يحلفه بالله لقد أودعك هذه الدار عبد الله، وفيه نوع إشكال: أنه قبل قول الذي في يديه الدار من غير يمين، والجواب: يجوز أن يحلف الإنسان على شيء مع أن القول فيه قوله، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة، كان المعنى فيه أنا إنما دفعنا الخصومة عن ذي اليد لوصول الدار إلى يده من جهة عبد الله من حيث الظاهر مع احتمال أنها وصلت إليه من جهة غاصب غصب الدار من عبد الله، أو من جهة وكيل عبد الله، فيصح منه دعوى وصول الدار إليه من جهة غاصب عبد الله، أو من جهة وكيله، وذو اليد لو أقر أنه وصل إلى يده من جهة غاصب غصبها من عبد الله كان خصماً للمدعي إلا أن يقيم البينة على ذلك، فقد ادعى على ذي اليد معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف فلا خصومة بينهما، وإن نكل جعله القاضي خصماً للمدعي.

فإن قيل: ينبغي أن لا يحلفه القاضي؛ لأن الاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة، ودعوى المدعي أنها وصلت إلى صاحب اليد من جهة غير عبد الله بعد دعواه الشراء من عبد الله وقع فاسداً؛ لأنه بدعوى الشراء من عبد الله صار مقراً بوصول إلى صاحب اليد من جهة عبد الله فيصير بدعوى الوصول من جهة غيره متناقضاً،

والمناقضة تمنع صحة الدعوى ، فأمّا إقرار المدعي بوصول الدار من جهة عبد الله ، ثابت من حيث الظاهر مع احتمال الوصول من جهة غيره ، فلا يصير بدعوى الوصول من جهة الغير بعد ذلك متناقضًا ؛ لأنه ادعى ما هو محتمل ، فتصح دعواه ، ويترتب عليه الاستحلاف ، فلو أن القاضي حين استحلفه ، قال : ما أودعنيها عبد الله ، ولكن قال : غصبنيها من عبد الله ، وحلف على ذلك ، جعله القاضي خصمًا له ؛ لأنه متناقض في الدعوى من حيث إنه ادّعى الإيداع أولاً ، ثم الغصب ؛ لأن الإيداع غير الغصب ، والمناقض لا يسمع كلامه ، فيجعل كأنه لم يوجد منه دعوى الوديعة ، ولا دعوى الغصب ، ولو لم يوجد واحد منهما لكان القاضي يجعله خصمًا ، فكذا ههنا .

فإن قيل : كيف يجعله القاضي خصمًا ههنا ، وقد وصل الدار إلى يده من جهة عبد الله بتصادقهما ظاهرًا ؛ لأن المدعي بدعوى الشراء من عبد الله أقر بوصول الدار إليه من جهة عبد الله إلا أنهما اختلفا في جهة الوصول ، ولا معتبر باختلاف الجهة بعد الاتفاق على الأصل ، كما في باب الإقرار إذا قال الرجل لفلان علي ألف درهم من قرض ، وقال المقر له : لا ، بل هو من غصب ، فالقاضي يقضي على المقر [بالألف اتفقا على المقر][١] بالألف ، لأنهما اتفقا على أصل الدعوى ، واختلفا في الجهة ، فكذلك ههنا .

قلنا في مسألة الإقرار : الكلامان حصلا من شخصين ، فلا ينقض أحدهما الآخر ؛ لأن الإنسان لا يملك نقض كلام غيره إلا أن المقر أقر بوصول الألف إليه من جهة المقر له ، فيكون المقر له قول المقر له أنه بأي جهة وصل ، فلهذا لا يصير راد الإقرار ، وههنا الكلامان حصلا من واحد ، والإنسان يملك نقض كلامه ، وبين الكلامين مناقضة من حيث الظاهر ، فينتقض كل واحد منهما صاحبه ، ويجعل كأنه لم يوجد منه دعوى الوديعة ، ولا دعوى الغصب .

ونظير هذه المسألة ، مسألة الوديعة إذا قال المودع : هلكت الوديعة ، ثم قال : لا ، بل رددتها ، كان ضامنًا ، وإن كان كل واحد من الأمرين لو كان لا يكون ضامنًا ؛ لأنه لم يثبت واحد منهما لكونه متناقضًا ، فكذا ههنا لم يثبت كل واحد من الأمرين ، لكان

---
(١) ههنا تكرار العبارة

المناقضة، وجعل كأنه سكت ولم يدّع واحداً منهما، ثم إذا جعله القاضي خصماً للمدعي ببينته، ثم قدم عبد الله وادعى أنّ الدار له، كان أودع هذا الذي كانت في يده، وأراد أن يأخذها من المدعي حتى يعيد المدعي عليه البينة، لم يكن له ذلك؛ لأن المشتري من عبد الله صار مقضياً عليه لما جعل القاضي صاحب اليد خصماً للمدعي، وقضى عليه ببطلان يده.

ولو قال الذي في يديه الدار: أودعنيها عمرو وكيل عبد الله، لا تندفع الخصومة عنه ما لم يقم البينة عليه، وقد ذكرنا وجه ذلك، فإن أقام ذو اليد بينة، فشهدوا أن عبد الله دفعها إلى عمرو، وقالوا: لا ندري دفعها عمرو إلى هذا الذي في يديه أم لا؟ فهو خصم للمدعي؛ لأن الدافع لخصومة المدعي عنه دفع عمرو الدار إليه، لا دفع عبد الله إلى عمرو، ولم يثبت دفع عمرو بهذه البينة، فإن قال الذي في يديه الدار للقاضي: استحلف المدعي ما دفعها إلى عمرو، فالقاضي يحلف المدعي على ذلك؛ لأن الذي في يديه الدار ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر استحلف رجاء النكول، ألا ترى أن في المسألة الأولى حلفنا[1] الذي في يديه الدار بدعوى المدعي، وإنما حلفنا[2] لأن المدعي ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر استحلف رجاء النكول، كذا ههنا، إلا أن في المسألة الأولى استحلف الذي في يده الدار على البتات، وهنا يستحلف المدعي على العلم؛ لأن ههنا المدعي يستحلف على فعل الغير من كل وجه؛ لأنه يستحلف على دفع عمرو الدار إلى ذي اليد، ولا فعل للمدعي في ذلك، وهناك يستحلف ذو اليد على إيداع عبد الله الدار منه، وإيداع عبد الله الدار منه له اتصال به، وهذا القدر كاف للاستحلاف على البتات، كما لو ادعى أنه اشتراه منه.

ولو أن الذي في يديه الدار أقام البينة أن عمرو أودعها إياه، وقالوا: لا ندري من دفعها إلى عمرو، وقال الذي في يديه الدار دفعها إلى عمرو عبد الله، فلا خصومة بينهما يثبت وصول الدار إلى ذي اليد من جهة غيره، وإنه كاف لدفع خصومة المدعي، ولا يمين على الذي في يديه الدار؛ لأنه أثبت ما ادعاه بالبينة، فهو نظير المودع إذا ادعى

---

(١) كذا في ط، وفي نسخة أي نسخة الأصل: حلف

(٢) كذا في ط، وفي نسخة الأصل أي نسخة بغداد: حلفناه

الرد، وأثبته بالبينة، وهناك لا يمين على المودع، كذا ههنا.

القسم الثالث من هذا النوع:

١٧١١٨ - المدعي إذا ادعى الفعل إلا أنه لم يسمّ فاعله، بأن قال: هذا العين لي سرق مني، أو قال: أخذ مني، أو قال: غصب مني، وأقام صاحب اليد بينة على أن هذا العين وديعة في يدي من جهة فلان، ففيما إذا قال: غصب مني، أخذ مني، تندفع الخصومة عن ذي اليد بلا خلاف؛ لأن دعوى الفعل على المجهول باطل، والتحق بالعدم، فيبقى هذا دعوى الملك المطلق، وفيما إذا قال: سرق مني، القياس أن تندفع الخصومة عن صاحب اليد إذا أقام البينة على ما ادعى وهو قول محمد، وفي الاستحسان: لا تندفع وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وجه القياس ما ذكرنا أن دعوى الفعل على المجهول باطل، فالتحق بالعدم، وصار كما لو قال: غصب مني أخذ مني، وللاستحسان وجهان: أحدهما: أن الغاصب له يد صحيحة، والسارق ليست له يد صحيحة، ألا ترى أن السارق من الغاصب يقطع؛ لأنه أزال يداً صحيحة والسارق من السارق لا يقطع؛ لأنه ما أزال يداً صحيحة.

إذا ثبت هذا، فنقول: إذا ادعى المدعي الغصب، فقد أقر بيد صحيحة لغيره فيه، وذو اليد ببينته أثبت أن ذلك اليد للغائب، وأن يده ليست بيد خصومة، بل هي يد حفظ على الغائب.

وإذا ادعى المدعي السرقة فما أقر بيد صحيحة للغير في هذا العين ليقال بأن صاحب اليد ببينة أثبت أن تلك اليد للغائب، فإن يده ليست بيد خصومة، وقد توجهت الخصومة على ذي اليد بدعوى الفعل، فلذلك افترقا. هذا هو طريق العامة، وإنها[1] مشكل عندي.

الوجه الثاني: أن المدعي لما لم يُسمِّ السارق، فهذا بمنزلة تعيّن صاحب اليد للسرقة، ولو عينه لذلك أليس أنه لا تندفع الخصومة عن ذي اليد؟ وإن أقام ذو اليد بينة على ما ادعى، فههنا كذلك.

---

(١) وفي الأصل: "إنه".

[illegible] إن هذا الكلام: أن المدعي لم يسم السارق احتمل أن السارق ذو اليد إلا أن المدعي أراد الستر عليه ندبًا إلى ما ندب الشرع إليه، ويحتمل أن السارق غيره إلا أنه ترجح احتمال كون ذو اليد سارقًا لوجهين: أحدهما: أن في جعله سارقًا احتيالاً لدفع الحد؛ لأنا إذا جعلناه سارقًا لا تندفع الخصومة عنه، ويقضي القاضي بالعين للمدعي، ويسلم العين إليه، فإذا ظهر السارق بعد ذلك بيقين لا يقطع يده؛ لأنه إنما ظهر سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم نجعله سارقًا تندفع الخصومة عنه، ولا يقضى باليمين للمدعي، فمتى ظهر السارق بعد ذلك بيقين يقطع يده؛ لأنه ظهرت سرقته قبل أن يصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقًا احتيالاً للدرء، ونحن أمرنا به، فكان تعيينه سارقًا أولى من غيره، بخلاف ما إذا قال: أخذ مني، غصب مني؛ لأن هناك ليس في تعيين ذي اليد غاصبًا لا درء الحد، إذ لم يتعلق به عقوبة سوى الضمان، أما في السرقة، فبخلافه على نحو ما بينا.

الوجه الثاني: أن في تعيين ذي اليد سارقًا إيصال الحق إلى مستحقه، بيانه: أن من عادة السارق أنه إذا سرق يتوارى، ولا يخرج للخصومة خوفًا من القطع، فلو لم يتعين صاحب اليد سارقًا تندفع الخصومة عنه، والمدعي لا يجد السارق على ما عليه عادة السراق، فلا يصل المدعي إلى حقه، أما إذا عيناه سارقًا، لا تندفع الخصومة عنه، فيصل الحق إلى المدعي، ونحن أمرنا بإيصال الحقوق إلى أربابها، فكان تعيين ذي اليد سارقًا أولى بخلاف دعوى الغصب والأخذ؛ لأن هناك لو لم يتعين صاحب اليد غاصبًا وآخذًا لا يبطل حق المدعي، إذ ليس من عادة الغاصب والآخذ الاختفاء والتواري، بل من عادتهم الخروج للخصومة، فيجد المدعي، ويخاصم معه، فلا يؤدي إلى إبطال حق المدعي لو لم يجعل صاحب اليد غاصبًا وآخذًا، فلهذا افترق.

نوع آخر من هذا الفصل

١٧١٦٩ - فرع على النوع من هذا الفصل: إذا ادعى المدعي أن هذا عبده، وأقام عليه البينة، وقال صاحب اليد: هو عبد فلان أودعنيه، ولا بينة حتى لم تندفع الخصومة بمجرد قوله على ما مر، ولو أن القاضي لم يقض للمدعي ببينته حتى حضر المقر له،

وصدّق صاحب اليد بما قال، ودفع العبد إلى المقر له، وقضى القاضي بالمدعي[1] بالعبد بتلك البينة على ما مرّ، كان هذا قضاء على صاحب اليد؛ لما ذكرنا، فإن أقام المقر له بينة على المدعي أنه عبده كان أودعه من صاحب اليد، قبلت بينته، ويقضى بالعبد له، وتبطل بينة المدعي، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع.

وحكى القاضي أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة: أن ما ذكر من الجواب ليس بصحيح، والصحيح أنه يقضى بالعبد بين الذي حضر وبين المدعي نصفان. قال القاضي أبو الهيثم رحمه الله: بلغنا أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن رحمه الله في هذه المسألة، فكتب إليه محمد: أن الصحيح أنه يقضى بالعبد بينهما.

قال القاضي الإمام أبو الهيثم رحمه الله: والطعن في هذه المسألة أقوى من الطعن في تلك المسألة؛ لأن الوجه الذي ذكرنا في فساد الطعن في تلك المسألة لا يتصور ههنا؛ لأن في هذه المسألة كل واحد منهما يدعي ملكًا مبيّنًا، فلا يمكن أن يقول: هذا يدعي الملك من جهة صاحب اليد، وذلك يدعي الملك لا من جهة صاحب اليد، فهو أولى، ثم إذا أقام المقر له بينة على دعواه، وبطلت بينة المدعي، فالقاضي يقول للمدعي: أعد بينتك على الذي حضر، وإلا فلا حق لك.

فرق بين هذه المسألة، وبينما تقدم وهو ما إذا ادعى المدعي الشراء من صاحب اليد، فإن هناك وإن أقام الذي حضر بينة على ما ادعى لا يكلف المدعي إعادة البينة، والفرق: أن ههنا المدعي ما يستحق القضاء بهذه البينة على الغائب، بدليل أن ذا اليد لو أقام هذه البينة، يبطل به استحقاق المدعي، وإذا بطل استحقاقه يكلف إعادة البينة، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك المدعي قد استحق القضاء بهذه البينة قطعًا على كل حال، ألا ترى أن ذا اليد لو أقام البينة على أنه ملك المقر له، لا تندفع الخصومة عنه، ولا يبطل به استحقاقه، وكذا المقر له إذا أقام هذه البينة، يبطل استحقاق المدعي، فههنا لا يكلف المدعي إعادة البينة ثانيًا.

ولو أن القاضي سمع من المدعي البينة على العبد الذي في يديه، فلم يقض بشهادتهم حتى أقام المدعى في يديه بينة أن فلانًا دفعه إليه، فإن القاضي لا يقضي

---

(١) هكذا في الأصل وب وم، وكذا في ظ: بالمدعي.

بشهادة شهود المدعي، وإن لم يقم الذي في يديه العبد على ذلك حتى قضى القاضي بشهادة شهود المدعي، ثم أقام الذي في يديه العبد بينة أن فلانًا دفعه إليه، فإن القاضي لا يلتفت إلى ذلك، وقضاؤه ماضٍ.

فرق بينما قبل القضاء وبين ما بعد القضاء، والفرق من وجوه: أحدها: أن صاحب اليد صار مقضيًا عليه بالملك، وأنه في هذا العين بقضاء القاضي به للمدعي، ودعوى الخصم لا تقبل. وهذا المعنى لا يتأتى قبل القضاء.

الثاني: أن قبل القضاء إنما قبلت بينة صاحب اليد على ما ادعى؛ لأنه يريد بهذه البينة دفع الخصومة عن نفسه، وهذا المعنى لا يتأتى بعد القضاء؛ لأن الخصومة قد انتهت بقضاء القاضي بالعبد للمدعي، فلا يحتاج هو إلى دفع الخصومة عن نفسه.

الثالث: أن كونه مودعًا من جهة الغائب لا ينفي شراء المدعي منه، إذ يجوز أن يبيت هو الوديعة من جهة صاحبها بوجه من الوجوه، ثم إن المدعي يشتري ذلك منه بعد ما ثبت، فيكون خصمًا، فبعد القضاء لا ينقض القضاء بالشك، وقبل القضاء لا يجوز القضاء بالشك، ولو حضر المقر له، وأقام بينة على أن العبد له كان أودعه من صاحب اليد، وذلك بعد ما قضى القاضي للمدعي، قبلت بينته؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه؛ لأن القضاء للمدعي بالبينة الأولى وقع على صاحب اليد لا على الذي حضر، فقبلت بينة الذي حضر لهذا.

نوع آخر

من مسائل الدفع في دعوى البيع والشراء:

١٧٢٣٠ - في «أدب القاضي»: إذا ادعى على آخر أنه اشترى منه هذا العبد بكذا، والبائع يجحد البيع، فأقام المدعي بينة على الشراء، فقال البائع في دفع دعواه: إنك قد رددت علي هذا العبد بالعيب، وأقام على ذلك بينة، صح منه دعوى هذا الدفع، وسمعت بينته عليه، وإنما صحت هذه الدعوى لأنه لو لم يصح إنما لم يصح لمكان التناقض؛ لأنه جحد البيع، وإنه يناقض دعوى الرد بالعيب، ولا تناقض؛ لأن جحود البائع فسخ منه في حقه، فكأنه ادعى الفسخ، ثم أقام البينة عليه، فمن أين يأتي

التناقض؟

١٧٦٢٦ - اشترى داراً لابنه الصغير من نفسه، وأشهد على ذلك شهوداً، وكَبُرَ الابن ولم يعلم بما صنع الأب، ثم إن الأب باع تلك الدار من رجل، وسلّمها إليه، ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري، ثم علم بما صنع الأب، فادعى الدار على المشتري، وقال: كان أبي اشترى هذه الدار من نفسه لي في صغري، وإنها ملكي، وأقام على ذلك بينة، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي: إنك متناقض في هذه الدعوى؛ لأن استئجارك الدار مني إقرار أن الدار ليست لك، فدعواك بعد ذلك الدار لنفسك، يكون تناقضاً، فهذه المسألة صارت واقعة الفتوى، وقد اختلفت أجوبة المفتيين في هذا، والصحيح أن هذا لا يصلح دفعاً لدعوى المدعي، ودعوى المدعي صحيحة، وإن ثبت التناقض منه، إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء، فإن الأب يستبدّ بالشراء للصغير، وعسى لا يعلمه بعد البلوغ، فلا يعرف الابن كون الدار ملكاً له، فيظن صحة بيع الأب بعد ذلك، فيقدم على استئجار الدار من المشتري ظنّاً منه أن الدار ملك المشتري، وفي الحقيقة الدار ملكه، ثم بعد ذلك يعلم ما صنع الأب، وكون الدار مملوكة له، فيدعيها، فهو معنى قولنا: إن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء [والتناقض في مثله لا يمنع صحة الدعوى.

ألا ترى أن المرأة إذا اختلعت من زوجها على مال، ودفعت المال إليه، ثم إنها ادعت أن زوجها كان طلّقها ثلاثاً قبل الخلع، وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها، ولها أن تسترد بدل الخلع، وقد صارت متناقضة، فإن إقدامها على الخلع إقرار منها بقيام النكاح، فتصير بدعوى وقوع الثلاث قبل ذلك مناقضة، ولكن قبلت؛ لأنها تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الزوج يستبد بإيقاع الثلاث، فلعل أوقع الثلاث، ولم تعلم المرأة بذلك، فأقدمت على الخلع ظنّاً منها أن النكاح قائم، ثم علمت بعد الخلع بوقوع الثلاث سابقاً على الخلع، فادعت ذلك.

وكذلك إذا أعتق الرجل عبده على مال، ودفع العبد المال إلى المولى، ثم إن العبد ادعى بعد ذلك أن المولى كان أعتقه قبل ذلك، وأقام البينة عليه، قبلت بينته، وله أن يسترد بدل العتق، وقد صار متناقضاً مع هذا قبلت بينته؛ لأن هذا تناقض فيما طريقه

طريق الخصم][1]؛ لأن المولى يستبد بإيقاع العتق على نحو ما بينا في مسألة الجامع، وكذا في مسألتنا.

١٧١٢٢ - [وفي فتاوى النسفي: سئل عمن ادعى دارًا في يدي رجل أنها داره اشتراها من فلان، وصاحب اليد يدعي الشراء من فلان ذلك أيضًا، ولكن تاريخ الخارج مسبق، وأقام البينة، فقال صاحب اليد في دفع دعوى الخارج أن دعواه باطل من قبل أن شراءه بذلك التاريخ وقع باطلًا؛ لأن الدار كانت رهنًا في ذلك الوقت من جهة فلان الذي ادعينا تلقي الملك من جهته في يدي فلان، وفلان المرتهن حين بلغه شراء هذا الخارجي هذه الدار لم يرض به وأبطله، فلم يصح شراؤه، وصح شرائي؛ لأن شرائي كان بعد ما فك فلان المرتهن، هل يكون هذا دفعًا؟ قال: لا؛ لأنه لا حق لذي اليد في ذلك الرهن، والمرتهن لم يدع ذلك، فكيف يصح دعوى الرهن، وهذا جواب صحيح، وله علل، أصحها ما ذكرنا.

الثانية: أن بيع المرهون ينعقد بوصف الصحة فيما بين الراهن والمشتري، وليس للمرتهن حق الفسخ.

الثالثة: أنه لما أقر بفكاك الرهن، فقد أقر بنفاذ البيع السابق؛ لأن البيع كان منعقدًا بوصف الصحة فيما بين الراهن والمشتري، لكن امتنع النفاذ في حق المرتهن لحقه، فإذا بطل الرهن نفذ ذلك البيع في حق الناس كافة][2].

١٧١٢٣ - وفي "مجموع النوازل": رجل ادعى على آخر أنه اشترى مني جارية صفتها كذا بكذا درهمًا، وقبضها واستهلكها، ووجب عليه أداء هذا الثمن إليّ، وهو قد أقر بذلك، وشهد الشهود على المدعى عليه بذلك بعد إنكاره، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنه مبطل في دعوى الاستهلاك؛ لأن الجارية قائمة، وهي في بلدة كذا في يد فلان، وأقام شهودًا شهدوا أنا رأيناها حية قائمة في بلدة كذا، هل يصير ذلك دفعًا لدعوى المدعي؟ قال: لا، ويطول الكلام في بيان العلة، ونحن نشير إلى وجهها.

الوجه في ذلك أن الاستهلاك أمر زائد في مطالبة البائع المشتري بالثمن، ومقصوده

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، أثبتناه من م ظ.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، أثبتناه من م ظ.

القبض يكفي، أكثر ما فيه أن دعوى الاستهلاك قد بقي تفي دعوى القبض، وإنه كاف في المطالبة بالثمن.

١٧٦٢٤ - ادعى داراً في يدي رجل شراء من رجل آخر بشرائطه، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي: إني كنت اشتريت هذه الدار من هذا المدعي، فقال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه: قد كنا أقلنا البيع الذي جرى بيني، وبين هذا المدعى عليه، فهذا دفع صحيح، وكذلك لو كان المدعي من الابتداء ادعى الدار على صاحب اليد ملكاً مطلقاً، وقال المدعى عليه في دفع دعواه: أني كنت اشتريت هذه الدار من هذا المدعي، فقال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه: قد كنا أقلنا البيع الذي جرى بيني، وبين هذا المدعى عليه، كان هذا دفعاً صحيحاً.

وكذلك إذا قال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه: إنك قد أقررت أنك ما اشتريتها مني، كان هذا دفعاً صحيحاً.

نوع آخر

في الدفع في دعوى الميراث

١٧٦٢٥ - رجل ادعى داراً في يدي رجل، أنها كانت لأبيه فلان، مات وتركها ميراثاً له، وأن أبي مات، وهذه الدار في يديه، وأقام على ذلك بينة، وأقام ذو اليد بينة في دفع دعوى المدعي أن أبا هذا المدعي أقر في حال حياته أن هذه الدار ليست له، فهذا يبطل شهادة شهود المدعي، هكذا ذكر محمد رحمه الله في آخر الجامع الكبير، وهذا لأن حاجة الوارث إلى إثبات الملك لمورثه في الدار عند موته حتى يخلفه فيها إرثاً، وقد ثبت بينة المدعى عليه إقرار المورث أن الدار ليست له، وإقرار المورث بهذه الصفة يمنع المورث عن دعوى الملك لنفسه بعد ذلك، فيمنع الوارث عن دعوى الملك المطلق لمورثه عند موته.

وكذلك لو شهد شهود المدعى عليه أن الوارث أقر قبل موت المورث أو بعد موته، أنها لم تكن لأبيه، كان ذلك دفعاً لبينة الوارث؛ لما ذكرنا أن حاجة الوارث إلى إثبات الملك للمورث عند موته، وكان مدعياً أنها كانت لأبيه يوم الموت، وقد ثبت بينة المدعى

عليه إقرار الوارث أنه لم تكن لأبيه، لمكان التناقض.

وكذلك لو شهد شهود المدعى عليه على إقرار الوارث، أن أباه مات، والدار ليست له، كان ذلك دفعًا لبينة الوارث، وأما إذا قال شهود المدعى عليه: إن الوارث قال: مات أبي والدار ليست له؛ لأنه وهبها لي في حياته وصحته، أو باعها مني في حياته وصحته، لم يكن ذلك دفعًا لبينة المدعي؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا

ولو عاينا إقرار الوارث، أن أباه مات وهذه الدار ليست له؛ لأنه وهبها لي، أو باعها مني في حال حياته وصحته، ثم ادعى الميراث من الأب بعد ذلك، تسمع دعوى الميراث منه؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن؛ لأنه يمكنه أن يقول: جحدت في الهبة والبيع، وعجزت عن إثباته بالبينة، فبقي الدار على ملك الأب ظاهرًا، وصار ميراثًا لي عنه ظاهرًا، وقد مر جنس هذا في كتاب الشهادات

توضيح(١) ما ذكرنا: أن الكلام يتم بآخره، وإذا وصل بقوله: مات أبي والدار ليست له قوله: لأنه باعها مني علمنا أنه لم يرد بأول الكلام نفي ملك الأب من الأصل، فيمكنه دعوى الميراث بعد ذلك، بخلاف ما إذا قال: ليس لأبي، وسكت؛ لأن ظاهر هذا الكلام يوجب نفي الملك للأب فيه من الأصل، فلا يمكنه دعوى الميراث بعد ذلك.

١٢١٢٦ - دار في يدي رجل، جاء رجل، وادعى أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثًا له، وأقام بينة. وشهدوا أن أباه مات، وهذه الدار في يديه، فأخذ هذا الرجل هذه الدار من تركته بعد موته، أو شهدوا أن هذا الرجل أخذ هذه الدار من أب هذا المدعي حال حياته، وأقام ذو اليد البينة أن الوارث أو أباه أقر أن الدار ليست له، فالقاضي يقضي بدفع الدار إلى الوارث؛ لأن ما أثبته ذو اليد بالبينة من إقرار الوارث أو المورث أن الدار ليست له لو كان معاينًا يناقض، فذلك لا يمنعه من إثبات الأخذ بطريق الغصب من يده على ذي اليد بالبينة، فكذا إذا أثبت ذلك ببينة دون المعاينة، والمعنى في ذلك أن الجمع بين الكلامين ممكن، بأن يقول الوارث: قد أقررت أن الدار ليست لأبي، وإنما هي لعمرو إلا أن هذا قد غصبها من أبي، فلزمه الرد بعد وفاة أبي علي؛ لما أن(٢) بإلزامه الرد

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكذا في ظ، والصحيح

(٢) وفي م: أن يلزمه

على أبي حال حياته؛ لأني قد قمت مقام أبي في حياته، فصار استحقاق هذه الدار ميراثًا لي، فإذا أمكن الجمع بينهما لم يكن بينة ذي اليد مبطلة بينة المدعي.

١٧١٢٧- ادعت المرأة على ورثة زوجها المهر والميراث، فقالت الورثة في دفع دعواها الميراث: إن أبانا قد حرّمها على نفسه قبل موته بستين، قالت هي في دفع دعواهم: إن الزوج أقر في مرض الموت أني حلال عليه، فهذا دفع صحيح.

١٧١٢٨- ادعى دارًا في يدي رجل ميراثًا عن أبيه، وأقام المدعى عليه بينة أنه اشترى هذه الدار من هذا المدعي، فقال المدعي في دفع دعوى المدعى عليه: قد كنا أقلنا البيع الذي كان بيننا، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه.

١٧١٢٩- مات الرجل وترك أولادًا صغارًا وكبارًا، فكبر الصغار وادعوا دارًا في يدي رجل ميراثًا عن أبيهم، فادعى المدعى عليه في دفع دعواه أني اشتريت حصة الكبار منهم، وحصة الصغار من وصيهم من جهة أبيهم، أو من جهة القاضي بثمن مثله، أو بغبن يسير عند حاجة الصغار، فهذا دفع صحيح.

١٧١٣٠- لو أقام عليه البينة يندفع دعواهم، ولو كان مكان الدار عروضًا، لا يشترط ذكر الحاجة، فالوصي يملك بيع عروض الصغير من غير حاجة، ولا يملك بيع عقاره إلا بحاجة.

١٧١٣١- رجل مات عن أولاد، فادعت امرأة ميراثه، وقالت: كنت منكوحة له، وأنكرت الورثة دعواها، وأقامت البينة على النكاح، فقال الورثة في دفع دعواها: إن أبانا قد كان طلقها ثلاثًا، وانقضت عدتها قبل موته، هل يكون هذا دفعًا لدعواها؟ ينظر، إن أنكروا نكاحها أصلا، بأن قالوا: لم يكن أبونا تزوجها، أو قالوا: ما كانت هي زوجة لأبينا قط، لا يكون هذا دفعا لدعواها، وإن لم ينكروا نكاحها أصلا، إنما أنكروا ميراثها، فقالوا: ليس لها ميراث الزوجات، أو قالوا: ليس لها ميراث بالزوجية، أو قالوا: لم تكن هي زوجة له عند الموت، فهذا دفع لدعواها.

١٧١٣٢- ادعى على غيره أنه كان لأبي عليك كذا وكذا من المال، وأنه قد مات قبل استيفاء شيء من ذلك، وصار جميع ذلك ميراثًا لي لما أني وارثه، لا وارث له غيري، فقال المدعى عليه: الدين الذي تدعيه قد كان لأبيك علي بحكم الكفالة عن

فلان، وفلان ذلك قد أدى جميع ذلك إلى أبيك في حال حياته، وقد صدقه مدعي الدين أن الدين كان بحكم الكفالة عن فلان إلا أنه أنكر أداء فلان ذلك إليه، وأقام المدعى عليه بينة على دعواه، فهذا دفع صحيح لدعوى المدعي.

وكذلك لو قال المدعى عليه في هذه الصورة: أخرجني أبوك عن الكفالة في حياته، أو قال: أخرجتني عن الكفالة بعد موت أبيك، وأقام بينة على ما ادعى، تندفع دعوى المدعي.

١٧١٢٣ - ادعى على غيره أنه كان لأبي عليك كذا وكذا، مات أبي قبل أن يقبض شيئاً من ذلك، وصار جميع ذلك ميراثاً لي من جهة أبي؛ فإنه لا وارث لأبي غيري، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إن أباك قد أحال فلاناً بما كان له عليّ، وقد قبلت الحوالة، ودفعت جميع ذلك إلى المحتال له، وصدقه المحتال له في ذلك كله، لا تندفع[1] الخصومة عن المدعى ما لم يقم البينة على الحوالة، فإذا أقام البينة على الحوالة تندفع دعوى المدعي عنه وخصومته؛ لأن بإقامة البينة على الحوالة ثبت كون المحتال له وكيلاً من جهة الميت بالقبض، وقد أقر بالقبض صريحاً، والوكيل بالقبض إذا أقر بالقبض يصح إقراره على الموكل، ويبرأ الغريم عن الدين.

١٧١٢٤ - امرأة ماتت، وتركت إخوة وأموالاً في أيديهم، جاء رجل وادعى أن المرأة كانت امرأته، وفي نكاحه إلى يوم موتها، وطلب ميراثها، فقالت الإخوة في دفع دعواه: إنك قلت قبل هذا بكذا سنة: اگر اين مرده زن من بودي من ميراث بردي ازوي، وأثبتوا ذلك بالبينة، هل يكون هذا دفعاً لدعوى الزوج؟ فقد قيل: يكون دفعاً، وقوله: اگر زن من بودي، إقرار منه أنها زن وي نه بوده است[2]، وقيل: إنه ليس بدفع، وقوله: اگر زن من بودي ازوي، ليس إقراراً أنها زن وي نبوده است، كقول الرجل: إن كان فلان في الدار لذهبت إليه، لا يكون إقراراً أن فلاناً ليس في الدار لا محالة على أن ما ذكرتم مفهوم كلامه وظاهر المذهب عندنا أن المفهوم ليس بحجة، وإن ذكر محمد رحمه الله في السير أنه حجة، ولكن ما ذكر في السير خلاف ظاهر المذهب.

---

(١) هكذا في الأصل و"ب" و"م"، وكان في ظ: "لا تندفع".

(٢) هكذا في ظ، وفي الأصل: "نبوده است".

المعرض، قال رحمه الله: وهو نظير مسألة طلاق المرأة يوم النحر بكوفة من هذه السنة(١) وعتاق العبد يوم النحر بمكة من هذه السنة.

١٧١٣٨ - وفي "مجموع النوازل": رجل قدم سمرقند من تركستان، فادعى كرمًا في يدي رجل ميراثًا عن جدة أبي أمه، وقال: أنا محمد وأمي حرة وأب أمي محمد بن الحارث بن شارخ، وهذا الكرم الذي في يد هذا المدعى عليه من تركة محمد بن الحارث هذا، وأنا وارثه، لا وارث له غيري، فعليه تسليم هذا الكرم إلي، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي: هذا المدعي مبطل في دعواه هذه من قبل أنه حين قدم من تركستان زعم أنه ابن عائشة، وعائشة بنت علي بن الحسين ابن فلان، وهذا الكرم من تركة علي بن الحسين، ثم غيّر اسم الأم واسم الجد، فجعل اسم الأم حرة، وجعل اسم الجد محمد بن الحارث، وأقام المدعى عليه بينة على دعواه، فأجاب شيخ الإسلام عطاء بن حمزة السعدي: أن هذا دفع لدعوى المدعي.

قال محمد رحمه الله: وهو نظير ما لو ادعى عينًا في يدي رجل ميراثًا عن أبيه، ثم ادعى ذلك العين بعد ذلك ميراثًا عن أمه، وكان القاضي الإمام الأجل شمس الإسلام محمود الأوزجندي يفتي في جنس هذه المسائل: أنه لا تندفع دعوى المدعي، ولا تقبل بينة المدعى عليه على ما ادعاه، وتابعه في ذلك بعض مشايخ زمانه، وبه كان يفتي الإمام ظهير الدين المرغيناني، وهو الصواب عندنا.

وعلى هذا إذا ادعى رجل على رجل أنه كان لأبي علي بن أبي القاسم بن محمد: عليك كذا وكذا من المال، وأن أبي مات قبل استيفاء شيء من ذلك، وصار ما كان له عليك ميراثًا لي، وقال المدعى عليه: إنه مبطل في هذه الدعوى؛ لأنه زعم أن والد القاسم محمد، ووالد القاسم أحمد، لا يكون هذا دفعًا لدعوى المدعي على ما هو اختيار شمس الإسلام، وبعض مشايخ زمانه، ولا تقبل بينة المدعى عليه على ذلك، والمسألة كانت واقعة الفتوى، وهذا لأن بينة المدعى عليه لو قبلت في هذه الصورة، إما أن تقبل على إثبات اسم جد المدعي، ولا وجه إليه؛ لأنه ليس بخصم في ذلك، وإما أن يقبل لنفي ما ادعاه المدعي من الميراث، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن البينة على النفي غير

---

(١) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "السنة".

مقبولة.

وهو نظير ما لو ادعى رجل على رجل أنه أقرضه ألف درهم في يوم كذا في مكان كذا، وأقام المدعى عليه بينة أنه في ذلك اليوم كان في مكان كذا، سمّى مكاناً آخر، لا تقبل بينة المدعى عليه؛ لأنها في الحقيقة قامت على النفي، كذا هنا.

١٧١٣٩ - إذا ادعى داراً في يدي رجل ميراثاً عن أبيه، فقال المدعى عليه في دفع المدعي: اشتريت هذه الدار من أبيك في حال صغرك بإطلاق القاضي، هذا دفع صحيح إذا ثبت أن البيع لحاجة الصغير، أو لقضاء دين الميت، وقد مرّ جنس هذا.

١٧١٤٠ - في «فتاوى الفضلي»: ادعى على أخيه شركة فيما[1] في يديه بحق الميراث عن أبيه، فأنكر المدعى عليه دعواه، وقال: لم يكن لأبي في هذه الدار حق، ثم ادعى المدعى عليه أنه كان اشترى هذه الدار من أبيه، أو ادعى أن أباه قد أقر له بها، فدعواه صحيحة، وبينته مسموعة؛ لأن الجمع بين الكلامين ممكن؛ لأنه يمكنه أن يقول: لم يكن لأبي بعد ما اشتريتها منه، ولو قال: لم يكن لأبي قط، أو قال: لم يكن لأبي فيها حق قط، لا تسمع دعواه الشراء من أبيه؛ لأنه فيه متناقض، وتسمع دعوى إقرار أبيه له؛ لأنه لا تناقض فيه.

إن قال المدعي في دعوى الميراث: لا وارث له غيري، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إن لك أخاً وأختاً، وقد قلت لا وارث له غيري، حكي فتوى القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله: أن المدعي لو أقر بذلك، تبطل الدعوى والشهادة جميعاً، أمّا لو أراد المدعى عليه إثباته بالبينة، لا تسمع بينته، وفي كتاب الجنايات: أنه يسمع بينته.

١٧١٤١ - ادعى رجل ضيعة في يدي رجل أنها كانت لفلان مات؛ وتركها ميراثاً لفلانة لا وارث له غيرها، ثم إن فلانة ماتت، وتركها ميراثاً لي، لا وارث لها غيري، وقضى القاضي له بالضيعة، فقال المقضي عليه بالضيعة بطريق الدفع لدعوى المدعي: إن فلانة التي تدّعي أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل موت فلان الذي تدعي الإرث عنه لفلانة، فقد قيل: هذا دفع صحيح، وقد قيل: إنه غير صحيح؛ لأن زمان الموت، لا

---

(1) وفي م: في دار

يدخل تحت القضاء، فلا يثبت بينة المدعي عليه موت فلانة قبل موت فلان.

١٧٦٤٢ - سئل عن رجل ادعى محدودًا في يدي رجل ميراثًا عن أبيه له ولأخيه الغائب فلان، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي أن مورثك فلان قد أقر في حياته أن هذه المحدود ملكي، فقد قيل هذا دفع، وقد قيل: إن قال: إن مورثك فلان أقر أن هذا ملكي، وأنا صدقته فيه، فهذا دفع، وإن لم يقل: وأنا صدقته، فهذا ليس بدفع، وإن حضر الأخ الغائب، وادعى في دفع دعوى المدعي عليه الدفع على أخيه، وقال: إن المدعى عليه أقر بعد موت أبينا أن هذا المحدود تركة أيضًا، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه.

ولو كان المدعى عليه من الابتداء لم يدع إقرار المورث بكون المحدود ملكًا له، إنما ادعى إقرار الوارث المدعي بكون المحدود ملكًا للمدعى عليه، فالجواب فيه على الخلاف أيضًا، على قول بعض المشايخ: هذا دفع، وعلى قوله بعضهم يجب أن تكون المسألة على التفصيل، إن قال: إنك أقررت بكون المحدود ملكي، وأنا صدقتك، يصح الدفع، وإن لم يقل: وأنا صدقتك لم يصح، وإن حضر الأخ الغائب، وادعى في دفع دعوى المدعي عليه، وقال: إن المدعى عليه قد أقر بعد موت أبينا أن هذا المحدود تركة أبينا، لا يسمع منه هذا الدفع؛ لأن ما تعلق بالمورث يتعلق بجميع الورثة، أمّا ما يتعلق ببعض الورثة يقتصر عليه، فلا ينتصب خصمًا في هذا الدعوى.

نوع آخر
في دفع مسائل الإكراه

١٧٦٤٣ - إذا ادعى الإكراه على البيع والتسليم، فقال المشتري في دفع دعواه: إنك أخذت الثمن مني طائعًا، فهذا دفع صحيح؛ لأن قبض الثمن طائعًا إجازة لذلك البيع، وهذا لأن البيع إنما يأخذ الثمن من المشتري ليسلم الثمن له، ولا يسلم الثمن للبائع إلا بإجازة البيع، فكان أخذ الثمن من البائع إجازة البيع من هذا الوجه.

وكذلك إذا ادعى الإكراه على الهبة، فقال الموهوب له في دفع دعواه إنك أخذت عوض هبتك مني طائعًا، فهذا دفع صحيح؛ لأن أخذ العوض طائعًا إجازة منه للهبة.

١٧١٤٤ - وفي «مجموع النوازل»: سئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة السغدي رحمه الله عن رجل أثبت على رجل بالبينة أنه أقر له بكذا طائعاً، وأقام المدعى عليه في دفع ذلك بينة أن إقراره ذلك كان بإكراه، هل يكون دفعاً لبينة المدعي؟ فقال: نعم، وبينة الإكراه أولى بالقبول؛ لأنه بينة الإكراه تثبت خلاف الظاهر، قيل له: إن البينة على الإثبات أولى من البينة على النفي، وبينة الطوع مثبتة للدين، وبينة الإكراه نافية للدين، قال: وإن كان كذلك، إلا أن التي تثبت الزيادة من حيث الظاهر هي الأولى، وإن كان في المعنى بخلافه.

وعلى هذا مسائل أصحابنا في المزارعة، فقد ذكر محمد في المزارعة مسائل، اعتبر فيها إثبات الزيادة صورة، وإن كان فيه إفساد العقد معنى، فمن جملتها: إذا ادعى أحد المتعاقدين أنه شرط له النصف وزيادة قفيز، وادعى الآخر أنه شرط له النصف، وأقاما على ذلك بينة، فالبينة بينة مدعي الزيادة، ويثبت به فساد المزارعة، واعتبر إثبات الزيادة من حيث الصورة، كذا ههنا.

١٧١٤٥ - رجل ادعى ضيعة في يدي رجل، فقال: إنك اشتريتها مني وكنت مكرهاً على البيع والتسليم، وأقام على ذلك بينة، وأراد استرداد الضيعة، فقال المدعى عليه: كان الأمر كما قلت، إلا أنك بعد ما زال الإكراه بعت هذا العين مني بكذا عن طوع ورضا، وأقام على ذلك بينة، فالقاضي يقضي ببينة المدعى عليه، وتندفع دعوى المدعي حتى لا يكون للبائع حق الاسترداد؛ لأن بينة المدعى عليه تثبت أن المشتري اشترى شراءً فاسداً وشراءً صحيحاً، والمشتري شراءً فاسداً إذا اشترى المشتري شراءً صحيحاً ينفسخ الشراء الفاسد، ويبطل حق البائع في الاسترداد، كذا ههنا.

١٧١٤٦ - رجل ادعى ضيعة في يدي رجل أنها ملكه اشتراها من الذي في يديه بكذا، أو قال المدعي في آخر دعواه: وهكذا أقر[1] الذي في يديه بشرائي إياها منه، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إني كنت مكرهاً في الإقرار بالبيع، فقد قيل: بأن هذا لا يكون دفعاً، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، وكان يقول: يحتمل أنه كان طائعاً في البيع، ومكرهاً في الإقرار بالبيع، والإقرار بالبيع مكرهاً

---

(١) هكذا في ف وم، وكان في ط: أقر.

لا يوجب خللاً في البيع حتى لو أقام البينة على كونه مكرهاً في الإقرار والبيع جميعاً، كان الدفع صحيحاً][1].

نوع آخر في دعوى الدين:

١٧١٤٧ - إذا قال المدعى عليه في دعوى الدين: أنا أجيء بالدفع، فقال له القاضي: الدفع يكون بالإبراء أو بالإيفاء، فأيهما يدعي؟ قال: كلاهما، هل يكون هذا تناقضاً؟

حكي عن الشيخ الإمام نجم الدين النسفي أنه قال: لا يكون تناقضاً إذا وفق، ولم يبيّن وجه التوفيق، ووجه التوفيق أن يقول: أوفيت بعضه، وأبرأني عن بعضه، أو يقول: أوفيت الكل فجحدني فتشفعت إليه، فأبرأني، أو يقول: أبرأني، ثم جحد الإبراء فأوفيت، وقيل: لا يكون متناقضاً، ولا يبطل دعواه، وإن لم يوفق؛ لأن مع إمكان التوفيق لا يتحقق التناقض، فيحصل به صيانة للدعوى[2] عن البطلان، وهذا القول يشير إلى أن إمكان التوفيق يكفي.

١٧١٤٨ - [ادعى على غيره ديناً[3]، فأنكر المدعى عليه ذلك، فأقام المدعي بينة على المدعى عليه أنك استمهلني هذا المال منذ عشرة أيام، وذلك إقرار منك بهذا المال عليك، وقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنك أبرأتني عن هذا المال منذ عشرين يوماً، وأقام على ذلك بينة، فهذا لا يكون دفعاً؛ لأن بينة المدعي تثبت إقرار المدعى عليه بالمال منذ عشرة أيام، وهذا يمنع دعواه الإبراء قبل ذلك؛ لأن الاستمهال من المدعى عليه قبل قضاء القاضي عليه بالمال إقرار بالمال، والاستمهال بعد قضاء القاضي عليه بالمال كذلك عند بعض المشايخ، وعند بعضهم لا يكون إقراراً، حتى إذ بعد ما قضى القاضي على المدعى عليه بالمال لو استمهل من المدعي، ثم ادعى بعد ذلك دفعاً، يسمع دعواه عند

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ.

(٢) هكذا في ظ، وكان في م: عن الدعوى عن البطلان، وكان في الأصل: صيانة الدعوى.

(٣) وفي الأصل: مالاً.

اشتريت منه الميتة، وكذبه المدعي في ذلك السبب، فإن أقام المدعى عليه على ذلك بينة تندفع عنه دعوى المدعي؛ وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك، ذكر الخصاف في أدب القاضي أنه يحلف المدعي عليه، ويكون القول قوله مع اليمين؛ لأن في زعمه أن له علي ألف درهم لأني اشتريت منه الميتة، أو لأني قامرت عليه جحود للمال أصلاً، فيكون القول قوله مع يمينه.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: ما ذكر الخصاف: إن القول قول المدعى عليه مع اليمين قولهما، أما على قول أبي حنيفة المال لازم عليه بإقراره ولا يصدق في قوله: ثمن ميتة أو مال قمار(١).

قال رحمه الله: أورد محمد هذه المسألة في كتاب الإقرار على سبيل الاستشهاد، ولم يذكر فيها الخلاف على نحو ما بينا، وما ذهب إليه الخصاف، أن يكون عن أبي حنيفة رحمه الله في المسألة روايتان، وإن قال المدعى عليه: له علي ألف درهم من ثمن خمر، وأقام على ذلك بينة، لا تندفع عنه دعوى المدعي عند أبي حنيفة؛ لأن المسلم قد يجب عليه ثمن خمر عنده، بأن يوكل ذمياً بشراء خمر، وعندهما تندفع عنه دعوى المدعي؛ لأن عندهما لا يجب ثمن الخمر على المسلم بحال، وإن لم يكن للمدعى عليه بينة على ذلك، فعلى قول أبي حنيفة المال لازم على المدعى عليه، وعندهما القول قوله مع يمينه، ولا يلزمه.

١٧٢٥١ - ادعى على غيره كذا كذا ديناً من الدراهم، فادعى المدعى عليه الإيفاء، وجاء بشهود شهدوا أن المدعى عليه دفع إليه هذا المال كذا كذا من الدراهم، ولكن لا ندري بأي جهة دفع، هل تقبل الدعوى هذه الشهادة؟ وهل يندفع بها دعوى المدعي؟ حكي عن شيخ الإسلام السغدي أنه قال: لا تقبل هذه الشهادة، ولا تندفع بها دعوى المدعي، وعن بعض مشايخنا: أنه يقبل وتندفع به دعوى المدعي، وهو الأشبه والأقرب إلى الصواب.

١٧٢٥٢ - ادعى على رجل مئة دينار، فقال المدعى عليه في دفع الدعوى: إنه أبرأني عن هذه الدعوى، وأقام على ذلك بينة، فادعى المدعي ثانياً أن المدعى عليه قد

---

(١) هكذا في م، وكذا في ب وط: القول.

كان أقر لي بستة دنانير بعد إبرائي إياه، هل يصح دفع الدفع؟ فقد قيل: إن قال المدعى عليه: أبرأتني عن هذه الدعوى، وقبلت الإبراء، أو قال: صدقتك في ذلك، لا يصح منه دفع الدفع، يعني دعوى الإقرار ثانيًا، وإن لم يقل: قبلت الإبراء، ولا قال: صدقتك في ذلك، يصح منه دفع الدفع، يعني دعوى الإقرار ثانيًا؛ لأن الإبراء يرتد بالرد، وإذا لم يذكر القبول ولا التصديق، يحتمل الرد، فيصح دعوى الإقرار ثانيًا، وقيل: لا يصح دعوى الإقرار ثانيًا؛ لأن بينة المدعى عليه تثبت إبراء المدعي إياه عن هذه الدعوى، وارتفع السبب الذي وجب به الدين على المدعى عليه، فدعوى المدعي إقرار المدعى عليه ثانيًا يكون في معنى دعوى المال بشرط الإقرار، ودعوى المال بسبب الإقرار غير صحيح، وعليه عامة المشايخ، وقيل: دعوى الإقرار ثانيًا صحيح من غير فصل؛ لأن المدعي بدعوى الإقرار ثانيًا، يثبت بطلان دعوى المدعى عليه الإبراء على المدعي، فإنه يقول: دعواك الإبراء علي لم تصح، وكنت مبطلًا في ذلك؛ لما أقررت لي بالدنانير بعد ذلك، ودعوى بطلان الدعوى من أي طرف كان ذلك صحيح.

١٧١٥٣ - ادعى على آخر خمسين دينارًا، فقال المدعى عليه في الدفع: إن المدعي قد أقر أنه دفع إليه العدالي بكل دينار خمسين، ولكن أخذت الخط بالدنانير، صح الدفع. وكذلك لو قال: إنك أبرأتني عن الدعوى كلها في سنة كذا، يصح الدفع.

١٧١٥٤ - رجل ادعى على رجل أني دفعت إليك عشرة دراهم قرضًا، فقال المدعى عليه: إنك دفعت إلي عشرة دراهم؛ لأنك أمرتني أن أدفعها إلى فلان، وقد دفعتها إليه، فإن أقام على ذلك بينة تندفع الخصومة عن صاحب اليد، وإلا، فلا.

١٧١٥٥ - ادعت امرأة أنها ابنة هذا الميت، وأن لها من تركته كذا وكذا. فقال ورثة الميت: أنت مبطلة في هذه الدعوى، لأنك قد أقررت بعد وفاة هذا الميت، وقلت: [بنده اين مرده بودم وي آزاد كرده است مرا، لا يصح هذا الدفع](1).

١٧١٥٦ - رجل ادعى على آخر دراهم مقدرة بسبب الكفالة عن فلان بأمره أو بغير أمره، فحضر الأصيل، ودفع دعوى المدعي، وقال: هذا المال غير واجب على الكفيل المدعى عليه، كما أنه غير واجب علي، وكنت مكرهًا في الإقرار به، فقد قيل.

---

(1) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط

لا تسمع هذا الدفع؛ لأن المدعي ما ادعى على الأصيل شيئًا، وقد قيل: تسمع إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل؛ لأن ضرر هذه الدعوى في المال على الأصيل، ألا ترى أن من اشترى من آخر جارية، وقبضها، واستحقها رجل من يدي المشتري بالبينة، وقضى القاضي بالجارية للمستحق، ثم إن البائع أقام البينة على المستحق أنه باعها منه قبل أن يبيعها هو من مشتريه فلان، فالقاضي يقبل بينة البائع، ويقضي بالجارية على المستحق، والدعوى من المستحق ما كان على البائع، وما كان الطريق سوى أن ضرر هذه الدعوى في المال على البائع، كذا ههنا.

١٧١٥٧- ادعت امرأة على ورثة زوجها المهر، وأنكرت الورثة النكاح، فأقامت المرأة بينة على النكاح، وادعت الورثة في دفع دعواها، أنها كانت أبرأت أبانا في حال حياته عن المهر، فقد قيل: هذا دفع صحيح، وقد قيل: يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل في مسألة دعوى الدين إن قالوا: أبرأت أبانا عن المهر لا يصح منهم هذا الدفع لمكان التناقض، وإن قالوا: أبرأت أبانا عن دعوى المهر، يصح منهم هذا الدفع، ولا تناقض فيه. وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده مثل هذا التفصيل في مسألة دعوى الدين، وإنكار المدعى عليه، ثم دعوى المدعى عليه الإبراء في شرح كتاب الحوالة والكفالة.

نوع آخر في دعوى الوصاية والوصية:

١٧١٥٨- رجل ادعى على غيره أن أباك أوصى لي بثلث ماله، وأنكر المدعى عليه الوصية. فأقام المدعي بينة على دعواه، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إن أبي قد كان رجع عن هذه الوصية في حياته، أو قال: إن أبي قال في حياته: رجعت عن كل وصية أوصيت بها، فقد قيل: لا يسمع منه هذا الدفع لمكان التناقض، وقد قيل: يسمع، وهو الصحيح؛ لأن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء، فإن الموصي يستبد بالإيصاء، فلعل قد كان أوصى ولم يعلم به الورثة، ورجع ولم يعلم به، فجحد الوصية بحكم أنه لم يعلم بالوصية، ثم أخبر بعد الجحود بالوصية والرجوع، فادعى الرجوع، والتناقض في مثل هذا الموضع لا يضره، وكذلك لو أقام البينة على أن الأب جحد الوصية في حياته، كان هذا دفعًا على ما ذكر في "المبسوط"، فقد ذكر في "المبسوط" أن جحود

الوصية رجوع.

وذكر في الجامع: أن جحود الوصية لا يكون رجوعاً، قيل: في المسألة روايتان، وقيل: ما ذكر في الجامع: أن جحود الوصية لا يكون رجوعاً قياس، وما ذكر في المبسوط استحسان.

١٧١٥٩- رجل ادعى في تركة رجل وصية لابنه الصغير بثلث ماله، وأقام البينة على ورثة الميت، وقضي بالوصية لابنه، ثم إن الورثة أقاموا البينة على المدعي يعني [?] المدعي أنه قد كان أقر عند الحكم أن على الميت ديناً مستغرقاً لتركته، كان هذا دفعاً صحيحاً، ويبطل حكم القاضي بوصيته، إذ تبين أن المدعي لم يكن خصماً في دعوى الوصية، إذ لا وصية مع الدين المستغرق، والبينة من غير الخصم غير مقبولة، والقضاء بها باطل، وهو نظير ما لو ادعى رجل عبداً في يدي رجل أنه له، وأقام على ذلك بينة، وذو اليد يقول: هذا العبد وديعة عندي من جهة فلان، ولم يكن له بينة على ما ادعى، وقضى القاضي ببينة المدعي، ثم جاء فلان، وأقام بينة أنه عبده، قد كان أودعه صاحب اليد، فالقاضي يأخذ العبد من المدعي ويقضي به، ويدفعه إلى هذا الذي ادعى الإيداع من صاحب اليد، إذ تبين أن المدعى عليه لم يكن خصماً للمدعي، وأن بينة المدعي قامت على غير الخصم، والبينة على غير الخصم لا تقبل.

١٧١٦٠- رجل أوصى لابني ابنه بثلث ماله، وأحدهما صغير، والآخر كبير، وأبوهما حي، ثم مات الموصي، فادعى أبو الصغير على وارث الموصي لابنه الصغير الوصية من جهة الميت، وادعى الكبير لنفسه الوصية من جهة الميت، وأنكر الوارث وصيتهما، وقال في دفع دعواهما: إن هذا الكبير قد أقر بعد موت الميت أن الميت ما أوصى لي بشيء، وكذلك أبو الصغير أقر أن الميت ما أوصى لابني الصغير بشيء، هل يكون هذا دفعاً؟ فقد قيل في حق الكبير: هذا دفع، وفي جواب الصغير: هذا دفع لدعوى الأب لا لدعوى الابن، حتى لو كبر الابن، وادعى الوصية لنفسه، تسمع دعواه، والذي: ليس هذا بدفع أصلاً، وهو الأظهر والأشبه بالفقه؛ لأنه لو صلح دفعاً إنما صلح دفعاً لأنه سبق دعوى الوصية إنكار الوصية، فيصير متناقضاً، والتناقض يمنع صحة الدعوى إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الموصي يستبد بالوصية، ولا

يحتاج فيها إلى القبول ، ومنه أوصى ولم يعلم به الموصى له ، فقبله ، فلما علم به ادعاه .

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات :

١٧٦٦١ - يجب أن يُعلم بأن دفع الدعوى كما هو صحيح ، فدفع الدفع صحيح ، وكذلك دفع دفع الدفع ، وما زاد على ذلك صحيح ، هو المختار ، وكما يصح دفع الدعوى بعد إقامة المدعي البينة يصح دفعه قبل إقامة المدعي البينة ، وإذا ادعى المدعى عليه الدفع ، وطلب من القاضي الإمهال ، فالقاضي يمهله إلى المجلس الثاني . وفي "فوائد"(١) شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله : أن دعوى الدفع من المدعى عليه لا يكون تعديلا للشهود ، وإنه ظاهر ، لجواز أن دفعه الطعن في الشهود .

١٧٦٦٢ - وإذا ادعى المدعى عليه أن هذا العين وديعة عنده من جهة فلان ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام المدعي بينة في دفع دعواه ، أنك أقررت قبل هذا أن العين ملكي ، فهذا دفع لدعوى المدعى عليه .

١٧٦٦٣ - وإذا ادعى أرضا في يد إنسان ، وأقام المدعى عليه بينة أن هذه الأرض في يدي بحكم المزارعة ، فهذا دفع دعوى المدعي ، كما لو أقام بينة أنها في يدي بإجارة ، أو إعارة ، أو وديعة ، وإذا قال : لا دفع لي ، ثم جاء بدفع ، فقد قيل : يجب أن تكون هذه المسألة على روايتين ، أو على الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد على قياس ما إذا قال المدعي : لا بينة لي ، واستحلف المدعى عليه ، ثم جاء ببينة ، وقيل في هذه المسألة : يجب أن لا يصح دفعه بعد ذلك باتفاق الروايات ؛ لأن معنى قوله : لا دفع لي ، ليس لي دعوى الدفع ، ومن قال : لا دعوى لي قبل فلان ، ثم جاء يدّعي عليه ، لا يُسمع دعواه ، كذا ههنا ، والأول أقرب إلى الصواب ؛ لأن معنى قوله : لا دفع لي ، ليست لي بينة دافعة ؛ لأن دعوى المدعي لا يندفع بمجرد دعوى المدعى عليه الدفع ، وإنما يندفع ببينة يقيمها على الدفع ، وإذا كان معنى قوله : لا دفع لي هذا ، صارت هذه المسألة نظير ما إذا قال المدعي : لا بينة لي قبله .

١٧٦٦٤ - المدعى عليه الضيعة أو الدار ، إذا أقام بينة أن نصف هذه الضيعة ، أو

---

(١) هكذا في "ظ" "م" ، وكان في الأصل : "في الفتاوى في فوائد شمس الإسلام" .

نصف هذه الدار في يدي وديعة من جهة فلان الغائب، هل تبطل دعوى المدعي في الكل؟ فقد قيل: يبطل؛ لأن الدعوى واحدة، فإذا بطل بعضه بطل كله. وقيل: لا يبطل في الكل، وإنما يبطل في النصف، قالوا: وإليه أشار محمد رحمه الله في بيوع الجامع.

١٧١٦٥ - دعوى اتفقت الأئمة على فسادها، ومع ذلك جاء المدعى عليه بدفع لو كان الدعوى صحيحة، كان ذلك الدفع دفعًا له، فالقاضي هل يسمع دفع المدعى عليه، أو يأمر المدعي بتصحيح دعواه؟ فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يأمر المدعي بتصحيح دعواه، وقال بعضهم: يسمع دفع المدعى عليه، ويقضي به.

١٧١٦٦ - ادعى دارًا في يدي رجل، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنك أقررت قبل هذا أنك بعت هذه الدار مني، وأراد أن يحلف المدعي، فله ذلك، ولو أقام البينة على إقرار المدعي بذلك، قبلت بينته، واندفع دعوى المدعي.

١٧١٦٧ - وإذا ادّعى النتاج في دابة، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي: إنك مبطل في هذه الدعوى؛ لأنك أقررت أنك اشتريت هذه الدابة من فلان، فهو دافع لدعوى المدعي.

١٧١٦٨ - رجل ادعى كرمًا في يدي رجل، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنه آجر نفسه مني ليعمل في هذا الكرم عملًا كذا، فهذا دفع صحيح لو أثبته بالبينة، يندفع عنه دعوى المدعي؛ لأن إجارة نفسه من غيره للعمل في الكرم الذي في يد ذلك الغير إقرار من الأجير أن الكرم ليس له، فيصير بدعواه أن الكرم له متناقضًا.

١٧١٦٩ - ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله: رجل ادعى على رجل، أنه أخذ منه مالًا، وهو كذا وكذا، ووصفه بأمر يعرف، فأقام المدعى عليه بينة أن المدعي قد أقر أن هذا المال المدعى، إنما أخذه منه فلان الآخر، والمدعي ينكر، فليس هذا بإبطال لدعوى المدعي، ولا إكذاب لبينته؛ لأن الإكذاب والإبطال إنما يثبت لمكان التنافي، ولا منافاة بين الأمرين إذا لم يكن في الشهادتين ذكر الوقت، لجواز أن فلانًا الأجنبي أخذه أولًا، ثم رده عليه، ثم أخذه المدعى عليه، وإذا لم يكن بين الأمرين منافاة أمكن تصحيح البينتين، والبينات حجج الله تعالى، فمهما أمكن تصحيحهما لا يلغى

اجتماعهما . [ولو أن المدعى عليه أقام البينة أن هذا المدعي أقر أن فلانًا وكيل هذا المدعى عليه ، أخذ منه هذا المال ، فهذا إبطال لدعوى المدعي ، وإكذابًا لبينته .

والفرق : أن في هذه المسألة ثبت بينة المدعى عليه إقرار المدعي بأخذ وكيل المدعى عليه المال ، فيعتبر بالثابت عيانًا ، ولو عاينا إقرار المدعي بأخذ وكيل المدعى عليه المال منه ، لا يصح دعوى المدعي بعد ذلك الأخذ من المدعى عليه ؛ لأن فعل الوكيل فعل الموكل ، فيصير المدعي بدعوى الأخذ بعد ذلك على المدعى عليه مدعيًا ذلك الأخذ ، لا أخذا بطريق الأصالة ، وإنما يصير مدعيًا ذلك الأخذ حتى لا يؤدي إلى إثبات أخذ آخر ، ووقت آخر من غير ضرورة .

قلنا : وأمكن أن يجعل المدعي مدعيا ذلك الأخذ على المدعى عليه ؛ لأن فعل الإنسان ينتقل إلى غيره إذا كان بحكم الوكالة عن ذلك الغير ، وإذا صار المدعي مدعيًا ذلك الأخذ يصير مدعيًا المال على المدعى عليه بأخذ وُجد من وكيله . قلنا : ودعوى المال على المدعى عليه بفعل وجد من الغير باطل ؛ لأن الإنسان لا يصير متعديا بفعل غيره .

أما في المسألة الأولى : لا يمكن أن يجعل المدعي مدعيا على المدعى عليه ذلك الأخذ الذي كان من فلان الآخر ؛ لأن فعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بحكم الوكالة عن ذلك الغير ، ولا وكالة في المسألة الأولى ، فكان مدعيًا عليه أخذًا آخر بطريق الأصالة ، ودعوى المال على غيره بسبب الأخذ منه بطريق الأصالة دعوى صحيحة ، فهذا هو الفرق المنقول عن المشايخ ، وإنه مشكل عندي .

قالوا : والمراد من مسألة الوكيل أن لا يكون الموكل وهو المدعى عليه ذا سلطان ، أما إذا كان ذا سلطان كان الضمان فيه على الموكل ، وهو المدعى عليه على ما مر قبل هذا ، فيستقيم دعوى الضمان عليه بأخذ وكيله على ما مر قبل هذا ، والمراد من الوكالة المذكورة فيه الأمر ، لا حقيقة الوكالة .

١٧١٧٠ - وإذا ادعى على رجل عينًا في يديه ملكًا مطلقًا ، وأقام البينة ، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي : هذا العين ملكي ، وقد كنت أيها المدعي اشتريت هذا العين مني ، ثم أقلنا البيع ، واليوم هذا العين ملكي ، فأقام على ذلك بينة ، فهذا ليس بدفع ؛ لأن المدعي ادعى الملك المطلق لنفسه ، وصاحب اليد بقوله ابتداء : هذا العين

ملكي، وقد كنت اشتريته مني ادعى ملك المطلق لنفسه أيضًا؛ وبقوله: أقلته يدعي عود الملك إلى نفسه، وذلك الملك المطلق، ففي الحاصل كل واحد منهما يدعي الملك المطلق لنفسه، وفي مثل هذا البينة بينة الخارج، وقد قيل: ينبغي أن تقبل بينة صاحب اليد على قول من يقول: بأن البينة مع الإقرار إذا اجتمعا، فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة.

ووجهه أن صاحب اليد لما قال للمدعي: قد كنت اشتريت هذا العين مني، فقد أقر بالملك للمدعي، وبطلت بينة المدعي، فبعد ذلك صاحب اليد يدعي بالإقالة يدعي الانتقال إلى نفسه، ويقيم عليه البينة، ولم يبق للمدعي بينة، فتقبل بينة صاحب اليد ضرورة، ولأن صاحب اليد لما ادعى البيع من المدعي والإقالة، وأثبت ذلك بالبينة، فقد ثبت بإقرار المدعي أن الملك لصاحب اليد في رواية؛ وإقراره أنه لا ملك له قبل البيع باتفاق الروايات، ومع إقرار المدعي أن لا ملك له قبل البيع، كيف يقضي له بالملك المطلق؟

١٧٦٧١- رجل ادعى على رجل آخر مائة من دهن السمسم بسبب صحيح، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنه مبطل في هذه الدعوى؛ لأني قد كنت أعطيته عوض هذا الدهن دينارًا من الذهب الأحمر الجيد البخاري الضرب، فهذا ليس بدفع ما لم يقل بسبب وجوب الدهن؛ لجواز أن الدهن قد وجب بسبب السلم، فإذا أخذ عوضه دينارًا، فقد استبدل بالمسلم فيه، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز، فيبقى الدهن في ذمته على حاله، فلا يصح الدفع، وإن كان الدهن مبيعًا، بأن اشترى مقدارًا معينًا من الدهن، فإذا أعطاه عوض ذلك من الذهب وهو قائم بعينه، كان بائعًا المبيع قبل القبض، وإنه لا يجوز، فلا يصح الدفع أيضًا، فلهذا شرطنا بيان السبب.

١٧٦٧٢- وإذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها على أنه متى لم تصل إليها نفقتها في وقت كذا، فهي تطلق نفسها متى شاءت، ثم إن المرأة أرادت أن تطلق نفسها بعد مضي ذلك الوقت، ووقع الاختلاف بينها وبين زوجها في وصول النفقة وعدم وصولها في ذلك الوقت، فقالت المرأة في دفع دعواه: إنه أقر أنه لم يدفع إليها نفقتها، فهذا لا يكون دفعًا لجواز أنه دفع إليها وكيله حتى لو قالت المرأة إنه أقر أنه لم يصل إليها نفقتها،

وأقامت على ذلك بينة، كان ذلك دفعًا صحيحًا، وقد قيل هو دفع في الوجهين؛ لأن دفع الوكيل كدفعه، ألا ترى أن من حلف ليعطين فلانًا حقه، فأمر غيره حتى أعطاه بر في يمينه][1].

١٧١٧٣- ادعى على آخر أنه لكز أبي، ومات من لكزه، وأقام على ذلك بينة، وأقام الضارب بينة أن أباه قد صح من لكزه، وأبرأه من ضربه، فقد قيل: هذا دفع لدعوى المدعي، وقيل أيضًا: يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل: إن كان المدعي ادعى أنه لكزه، ومات من تلك اللكزة، وشهوده شهدوا كذلك، فهذا دفع لدعوى المدعي، وإن كان ادعى أنه لكزه، ومات من لكزه، فهذا لا يكون دفعًا لدعوى المدعي، ويقضى عليه بالضمان، وهذا من باب العمل بالبينتين، بجعل كأنه لكزه، وبرأ من لكزه، ثم لكزه ثانيًا، ومات منه، وهو نظير ما قاله محمد رحمه الله في كتاب الغصب: إذا أقام الغاصب بينة أنه رد الدابة المغصوبة على المالك، وأقام المالك بينة أنها ماتت من ركوب الغاصب، فالقاضي يقضي على الغاصب بالضمان، ويكون ذلك من باب العمل بالبينتين، بأن يجعل كأن الغاصب ردها على المالك، ثم ركبها ثانيًا، كذا في مسألتنا.

١٧١٧٤- في "فتاوى النسفي رحمه الله": سئل عمن ادعى على آخر أني رهنت منك كذا عينًا، سماه ووصفه بكذا، وطلب منه إحضار الرهن؛ ليقضي ماله عليه من الدين، ويرد الرهن عليه، والمدعى عليه ينكر الرهن والارتهان، فجاء المدعي بشاهدين على الرهن، وجاء المدعى عليه بشاهدين شهدا أن المدعى عليه اشترى هذا العين من هذا المدعي بكذا، ونقده الثمن، وقبض المشتري بتسليمه، فهذا دفع لدعوى المدعي، ويقضى ببينة صاحب اليد؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأن الشراء آكد من الرهن.

١٧١٧٥- [رجل أخذ دابة من يدي رجل، وهلكت في يديه، فجاء الذي كانت الدابة في يده إلى القاضي، وادعى على الذي أخذ الدابة من يده أنه أخذ دابتي بغير حق، وهلكت في يده، وأقام الآخذ بينة أني أخذتها بحق؛ لأن الدابة ملكي، وكانت في يد صاحب اليد بغير حق، فهذا دفع صحيح، وهذا لأن الدعوى من صاحب اليد في الحاصل دعوى ضمان الدابة، وبينة الآخذ على الوجه الذي بينا صحت دافعة له.

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من "م".

ولو كانت الدابة قائمة في يد الآخذ ، فادعى الذي كانت في يده على نحو ما بينا ، وأقام الآخذ بينة أنه أخذها ؛ لأنه ملكها ، قبلت بينته ؛ لأن الآخذ وإن كان ذو اليد في الحال ، ولكن ثبت بتصادقهما أنها كانت في يد الآخر ، وثبت بذلك أن صاحب اليد في الحقيقة الآخر ، دون الآخذ ، فلهذا تقبل بينة الآخذ على الملك له في الدابة .

١٧٦٧٦ - امرأة ادعت على زوجها أنها محرمة عليه بالطلقات الثلاث ، وأقامت على ذلك بينة ، فقال الزوج في دفع دعواها أنها أقرت ، أنها اعتدت بعد طلقاتها الثلاث ، وتزوجت بزوج آخر ، ودخل بها زوجها الثاني ، ثم طلقها ، وانقضت عدتها ، ثم تزوجته وهي حلال له اليوم ، وهل يصح هذا دفعًا؟ كان شيخ الإسلام السغدي يقول : لا يصح هذا الدفع ؛ لأن أكثر ما فيه أنه ثبت بينة الزوج إقرارها بالحل ، وتناقضها في دعوى الحرمة إلا أن الدعوى ليست بشرط لسماع البينة على طلاق المرأة وحرمتها ، والصحيح أن دعوى الدفع على هذا الوجه صحيح .

١٧٦٧٧ - وفي « نوادر إبراهيم بن رستم » عن محمد : رجل ادعى دارًا أو متاعًا في يدي رجل ، وأقام بينة عند القاضي بذلك ، وقضى القاضي له بما ادعى ، فلم يقبضه المدعي ، حتى أقام المدعى عليه بينة أن هذا المدعي أقر أنه لا حق لي في العين المدعى به ، قال : إن شهدت شهوده على إقرار المدعي بذلك قبل قضاء القاضي ، بطلت شهادة شهود المدعي ، وإن شهدت شهوده على إقرار المدعي بذلك بعد القضاء لا يبطل القضاء .

إذا شهد شهود المدعى عليه على إقرار المدعي أن شهوده فسقة ، أو على إقراره أنه استأجرهم على هذه الشهادة ، أو على إقراره أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه هذا الأمر ، وادعى المدعى عليه ذلك ، قبلت شهادتهم ، وبطلت شهادة شهود المدعي .

١٧٦٧٨ - إذا أقر في غير مجلس القاضي أن هذا العين ملكه بسبب الشراء من فلان ، ثم ادعاه عند القاضي ملكًا مطلقًا ، فقال المدعى عليه للقاضي في دفع دعواه أنه أقر مرة : إن هذا العين ملكه بسبب الشراء من فلان ، فهذا دفع صحيح لو أثبت ذلك عند القاضي بالبينة يندفع دعوى المدعي .

١٧٦٧٩ - رجل ادعى عينًا في يدي إنسان عند قاضي ملكًا بسبب ، ولم يمكنه

إثباته، فباع المدعى عليه ذلك العين من رجل، وسلّمه إلى المشتري، ومضى على ذلك زمان، ثم إن المدعي ادعى ذلك العين على المشتري عند ذلك القاضي، أو عند قاضي آخر ملكًا مطلقًا، فقال المشتري في دفع دعواه: إنه مبطل في هذه الدعوى؛ لأنه ادّعى هذا العين على بائعي بسبب الشراء، والآن يدعيه ملكًا مطلقًا، فهذا دفع صحيح][1].

١٧١٨٠- ادّعى عينًا في يدي إنسان ملكًا مطلقًا، وادعى المدعى عليه في دفع دعواه أنه كان ادّعى هذا العين قبل هذا بسبب، فقال المدعي: أنا أدّعيه[2] الآن بذلك السبب أيضًا، وتركت دعوى الملك المطلق، تسمع دعواه ثانيًا بالسبب أيضًا، ويبطل دفع المدعى عليه.

١٧١٨١- ادعى عبدًا في يدي رجل، وأثبت دعواه بالبينة، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنك قد بعت هذا العبد من فلان الغائب، وأقام على ذلك بينة، فعلى ما عليه إشارات «الجامع» و«الزيادات»: لا تقبل هذه البينة من المدعى عليه، ولا يندفع دعوى المدعي، وقد ذكرنا لـ«لنا طفي» في «الأجناس»: أن القاضي يقبل هذه البينة، ويندفع دعوى المدعي.

والوجه لما ذكره الناطفي: أن دعوى المدعى عليه بيع المدعي من فلان، وكل بائع مقرّ بالملك للمشتري منه بمنزلة دعوى إقرار المدعي بأن هذا العين ملك لفلان، ولو ادعى إقرار المدعي أن هذا العين ملك لفلان، وأقام على ذلك بينة يسمع ذلك منه، وتندفع خصومة المدعي عنه، كذا هنا.

وعلى هذا القياس: إذا ادعى دينًا على ميت بمحضرة وارثه، وأنكر الوارث التركة، فعيّن المدعي عليه عينًا من الأعيان، وقال: هذا من تركته، فقال الوارث: إن الميت قد كان باع هذا العين في حياته من فلان كان دفعًا صحيحًا، حتى لو أقام البينة على ذلك، تندفع دعوى المدعي.

١٧١٨٢- حكي عن الشيخ الإمام نجم الدين النسفي: أنه قال: عرض عليّ محضر فيه دعوى رجل على رجل أرضًا أنها ملكه وحقه، وأن مورث المدعى عليه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من «ظ».

(٢) هكذا في «ظ» و«م»، وكذا في الأصل وعليه «ادعيه».

أحدث يده عليه بغير حق إلى أن مات وفي يد وارثه هذا بغير حق أيضا، فواجب قصر يده عنها، وتسليمها إلى هذا المدعي، وأقام على ذلك بينة بعد إنكار المدعى عليه دعواه، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إن مورث فلان كان اشترى هذا المحدود من مورث هذا المدعي بيعا باتا، وتقابضا، وكان في يده بحق إلى أن توفي، ثم صار ميراثا لي منه بحق، فقال المدعي في دفع هذا الدفع: إن مورث المدعى عليه كان أقر أن البيع الذي جرى بينهما كان بيع وفاء، فإذا رد على الثمن كان عليه رد الأرض، وأقام بينة على ذلك، هل يصح دفع الدفع على هذا الوجه؟ وقد كان أجاب قاضي القضاة عماد الدين علي ابن عبد الوهاب والشيخ الإمام الزاهد علاء الدين عمر بن عثمان أنه صحيح، وأنا أجيب أنه غير صحيح؛ لأنه ادعى أولا أنه كان في يده بغير حق، والآن إذا أقر أنه في يده ببيع الوفاء، فقد أقر أنه في يده بحق.

وأنا أقول: يجب أن يصح دعوى الدفع على قول من يقول: بأن البيع بالوفاء حكم الرهن؛ لأنه إقرار ببعض ما أنكره أولا، وهو كون الأرض في يده بغير حق، وهذا لأنه لما كان هذا البيع حكم الرهن، كان المبيع على ملك المدعي، إلا أن للمدعى عليه حق الحبس، وقد ادعى المدعي أولا أن الملك للمدعي، وفي يد المدعى عليه بغير حق، وإذا أقر بعد ذلك ببيع الوفاء، فقد ادعى أن الملك له، وادعى أن يد المدعى عليه بحق، فيصير معنى قولنا: إنه أقر له ببعض ما أنكره له أولا، إلا أنه بعد ما أقر ببيع الوفاء لا يمكنه مطالبة المدعى عليه بتسليم الأرض، ولا تقبل بينته على تسليم الأرض، وإنما تقبل بينته على ملكية الأرض. وعلى قول عامة المشايخ: إن لم يكن الوفاء مشروطا في البيع، فالبيع صحيح، ولا يكون هذا دفعا، وإن كان الوفاء مشروطا في البيع، كان البيع فاسدا، فإن ادعى فسخ العقد يصح الدفع، وما لا فلا.

١٧١٨٣ - ذكر شيخ الإسلام في "شرح الجامع" في باب من القضاء: ادعى على آخر دارا في يديه، فأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي أن الدار ليست ملكا لي، أو ما كانت لي، اندفعت به الدعوى.

١٧١٨٤ - ادعى عينا في يدي إنسان أنه ملكي، وقد أقر صاحب اليد بذلك لي، فأقام المدعى عليه البينة أن المدعي استوهب هذا العين مني يكون ذلك دفعا لدعوى

المدعي؛ لأن الاستيهاب إقرار أنه ليس ملك الموهوب باتفاق الروايات، وهل يكون إقرارًا بملك الواهب؟ على رواية الجامع يكون إقرارًا، وعلى روايات الزيادات لا يكون إقرارًا، وصورة تقدير هذه المسألة: كأن المدعى عليه أقام بينة على إقرار المدعي أنه لا ملك له في هذا العين على الروايات كلها، أو على إقراره أن هذا العين ملك الواهب على رواية الجامع.

وكذلك على هذا إذا أقام المدعى عليه بينة على أن المدعي استامه منه، أو قال بالفارسية: خريدن خواست اين عين را از من، فهذا دفع لدعوى المدعي، فالإقدام على الاستيام على الشراء إقرار أنه لا ملك له فيه باتفاق الروايات، وهل يكون إقرارًا بالملك للبائع؟ فعلى الروايتين جميعًا، وكذلك الإقدام على الإجارة، وعلى المزارعة على هذا.

١٧١٨٥ - وفي كتاب القسمة من المنتقى قال هشام: سألت محمدًا عن رجل تزوج امرأة ثم ادعى أنه اشتراها من مالكها، قال: لا أقبل بينته على ذلك حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها بعد التزوج، وكذلك إن ساوم بدار في يدي رجل، ثم ادعى أنه اشتراها من فلان، وفلان يملكها، لم أقبل ذلك منه حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان بعد هذا وهي له، أو أقر الذي في يديه الدار. انتهى. وكذا البائع والاشتراء عن غير المدعى عليه في كونه إقرارًا أنه لا ملك للمدعي في المدعى نظير الاشتراء من المدعى عليه، حتى إن من ادعى عبدًا في يدي إنسان أنه ملكه، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إن هذا المدعي مناقض في دعواه كون هذا العين ملكًا له؛ لأنه اشترى هذا العين من فلان، وهذا منه إقرار أنه لا ملك له في المدعى، فهذا دفع.

وإذا ادعى نخلا في يدي رجل، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنه اشترى ثمر هذا النخل مني، فهذا ليس بدفع، إذ ليس من ضرورة أن لا يكون ثمر النخيل لإنسان أن لا يكون النخيل له، وقد مرّ هذا فيما تقدم.

١٧١٨٦ - ادعى محدودًا في يدي رجل، وبين حدودها، فقال المدعى عليه: اين محدود كه مدعي دعوى كرد با ين حدود ملك من است وحق من است، ثم أعاد المدعي دعواه ثانيًا في مجلس آخر بعين تلك الحدود، فقال المدعى عليه: در حدود خطا كرده، وين محدود كه در دست منست بدين حدود نيست كه تو دعوى كرده، قال القاضي

دعوى ثالثة في مجلس آخر، فقال المدعى عليه: اين محدود كه مرا دعوى كردى تو بفلان فروخته بودى پيش از آنكه دعوى كردى ومن از فلان خريده ام، هل يكون هذا دفعاً لدعوى المدعي؟ فقيل: لا، وينقض كلامه الثالث بالكلام الثاني، واعتبر كلامه الثاني لنقض كلامه الثالث، وإن لم يعتبر في حق دفع دعوى الملك.

١٧١٨٧ - إذا ادعت المهر المسمى على ورثة زوجها، وأقامت على ذلك بينة، فقالت الورثة في دفع دعواها: إنك قد كنت أقررت أن النكاح كان بغير تسمية، وأن الواجب مهر المثل، والآن تدعي المسمى وبينهما تناقض، فقد قيل: هذا دفع، وقد قيل: إنه ليس بدفع، وهو الأصح؛ إذ يجوز أن لا يكون في النكاح تسمية، ثم يسمي لها مهراً، ويكون ذلك تقدير مهر مثلها.

١٧١٨٨ - ادعى المديون القضاء، وأنكر رب الدين ذلك، وحلف، ثم إن المديون صالح رب الدين من ذلك على شيء، ثم أقام البينة، أنه كان قضاه الدين، هل تسمع بينته؟ اختلف المشايخ فيه، وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على القبول.

وصورتها: استعار من آخر دابة، فهلكت الدابة تحت المستعير، وأنكر رب الدابة الإعارة، وصالحه المستعير على مال جاز، فإن أقام المستعير بعد ذلك بينة على العارية، وقال: إنها نفقت(١) قبلت بينته، ويبطل الصلح، وإن أراد استحلاف المعير على ذلك، فله ذلك.

١٧١٨٩ - وفي "الملتقط": رجل ادعى على رجل ألف درهم، فقال المدعى عليه: ما كانت لك علي ألف درهم قط، وقد ادعيت هذه الألف أمس، فدفعتها إليك، فقال المدعي: ما قبضت منك شيئاً، وأن لي عليك ألف درهم، فصالحه من دعواه على خمسمائة درهم، ثم إن المدعى عليه جاء ببينة، فشهدت أنهم رأوا المدعى عليه، دفع إلى المدعي أمس ألف درهم، لم ألتفت إلى هذه الشهادة؛ لأن هذا إنما افتدى يمينه بها، ولو أن المدعى عليه، قال للمدعي: صدقت قد كانت لك علي ألف درهم، ولكني قد دفعتكها أمس، فقال المدعي: ما أعطيتني شيئاً، فدفع الألف إليه، أو صالحه على خمس مائة، ثم شهدت الشهود للمدعى عليه، أنه دفع إليه الألف بالأمس، كان له أن

---

(١) في م: أنفقت.

يرجع عليه بما أعطاه، والصلح باطل.

١٧١٩٠ - وفي «المنتقى»: قال هشام: سمعت محمداً يقول في رجل ادعى على رجل مالاً، وجحده المدعى عليه، وأعطاه شيئاً أو صالحه من دعواه، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعي قال: قبل الخصومة أو قبل الصلح ليس لي قبل فلان شيء، فالعقد والصلح ماضيان، وإن أقام بينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء، أبطلت الصلح والقضاء، ولو كان القاضي قد قضى عليه بالمال ببينته، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعي أقر قبل أن يقضي له القاضي أنه ليس له عنده شيء، أبطلت المال عنه.

١٧١٩١ - رجل ادعى داراً في يدي رجل، فصالحه المدعى عليه على ألف على أن يسلمها للمدعي عليه، ثم إن المدعى عليه أراد أن يقيم بينة أنها له ليرجع في الألف، فليس له ذلك، وكذلك إن أقام بينة أنها كانت لفلان اشتراها منه، أو كانت لأبيه فلان، مات أبوه، وتركها ميراثاً له، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف، وعلل، فقال: لأنه كان القول فيها قوله، فإذا أقام بينة فما يدفع، فلا يستطيع أن يرجع به.

ولو أقام بينة أنه كان اشتراها من المدعي قبل الصلح، قبلت بينته، وبطل الصلح، ولو لم يقم بينة على الشراء، وإنما أقام بينة على صلح صالحه قبل هذا الصلح، أمضيت الصلح الأول، وأبطلت الثاني.

١٧١٩٢ - وفي «المنتقى»: ادعى داراً في يدي رجل إرثاً عن أبيه، ثم اصطلحا على شيء، ثم إن المدعى عليه أقام بينة أنه كان اشترى الدار من أب هذا المدعي حال حياته، أو أقام بينة أنه كان اشتراها من فلان وفلان كان اشتراها من أب هذا المدعي، لا تقبل بينته؛ لأنه لو ظهر ذلك يبطل الصلح.

١٧١٩٣ - وإذا ادعى على آخر مالاً معلوماً، فادعى المدعى عليه الصلح، إن كان الصلح على جنس الحق، لا حاجة إلى ذكر قبض بدل الصلح، وإن كان الصلح على خلاف جنس الحق لابد من ذكر قبض بدل الصلح، ومن ذكر قبضه في مجلس الصلح، وهل يشترط بيان بدل الصلح؟ بعض المتأخرين قالوا: يشترط، وبعضهم قالوا: لا يشترط، وذكر القبض يغني عن بيانه.

١٧١٩٤ - ادعى داراً في يدي رجل، فادعى المدعى عليه الصلح، ولم يقم على

١٧١٩٩ - أمة في يدي رجل ادعاها رجل، وقال: إنها أمتي، وقد اغتصبها ذو اليد مني، وأقام ذو اليد بينة أنها كانت أمة فلان، وقد أعتقها فلان منذ عشرين سنة، وأنا تزوجتها، فهذا دفع.

وإذا ادعى نكاح امرأة وهي تدعي إقرار المدعي بحرمتها، فهذا دفع، وكذلك إذا ادعت هي النكاح، وادعى هو الخلع، فهذا دفع.

١٧٢٠٠ - وإذا ادعى نكاح امرأة، وادعت أنها منكوحة فلان الغائب، فهذا ليس بدفع، فرض القاضي على الزوج النفقة، فطلبتها، وادعى هو وجه دفع الفرض أنها محرمة علي في هذه الحالة، فهذا ليس بدفع، ولا يبطل فرض القاضي؛ لأنه ليس من ضرورة كونها محرمة أن لا يكون لها عليه النفقة، فإنها لو كانت في عدتها، فهي محرمة، ولها عليه النفقة، ونفقة النكاح، ونفقة العدة سواء، فهذا لا يصلح دفعًا، ولو كان ادعى الخلع على المهر، ونفقة العدة، فهذا دفع

١٧٢٠١ - ادعى على زيد مثلاً بحضرته، أني استأجرت من صالح محدود كذا إجارة طويلة مرسومة بكذا، وقبضت المحدود، ثم آجرته مقاطعة من زيد هذا الذي أحضرته بكذا مدة كذا، وبين جميع الشرائط في العقدين جميعًا، ثم قال: ومضت مدة المقاطعة، وصار مال المقاطعة دينًا لي على زيد هذا، وذلك كذا، فقال زيد في دفع دعواه: إني اشتريت هذا المحدود من صالح صاحب المحدود بكذا في يوم كذا، ونفذ البيع في أيام الفسخ، وذلك كذا، وسقط مال المقاطعة عني من وقت كذا، وذلك كذا، وهذا المدعي مبطل في دعواه جميع مال المقاطعة عليّ، وأقام بينة على ما ادعاه، وكان جميع ذلك بغيبة صالح صاحب المحدود، هل تسمع هذه البينة؟ وهل تندفع دعوى المدعي؟ فقد اختلف مشايخ زماننا فيه، والأظهر أنه يسمع البينة، ويندفع دعوى المدعي.

١٧٢٠٢ - ادعى على آخر أنه كسر ثنيته العليا، فقال المدعى عليه بطريق الدفع: إنه لم يكن له هذا السن أصلاً، وأقام على ذلك بينة، فهذا ليس بدفع، وهذه البينة مردودة؛ لأنها قامت على النفي.

١٧٢٠٣ - وقعت في زماننا: أن رجلا ادعى على رجل أن فلان ابن فلان عتقك

دفعًا.

١٧٢٠٦ - ادعى دارًا في يدي رجل، فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي: اشتريتها من فلان وأنت أجزت هذا البيع، فهذا لا يكون إقرارًا بالملك للمدعى عليه، ولا يكون دفعًا لدعوى المدعي.

١٧٢٠٧ - قال في الأقضية: رجل ادعى دارًا في يدي رجل، وأقر ذو اليد أنها كانت للمدعي، ثم قال بعد ذلك: إن فلانًا أودعنيها، إن أقام البينة على الإيداع، اندفعت عنه الخصومة، سواء بدأ بالإقرار للمدعي، ثم ثنى بالإيداع أو على القلب؛ لأن أكثر ما في الباب أنه أقر بابتداء كلامه بكون الدار ملكًا للمدعي، إلا أن كونها ملكًا للمدعي لا ينافي كون يد صاحب اليد يد أمانة، لجواز أن المقر له أجرها من الغائب، أو أعارها، ثم إن الغائب أودعها منه، وإذا ثبت أن كونه ملك المدعي لا ينافي كون يده يد أمانة، يقبل بيانه، وإن لم يكن له بينة، إن بدأ بالإقرار للمدعي، وثنى بالإيداع، يؤمر بالتسليم إلى المدعي بعد ذلك إن حضر الغائب وصدقه، لا ينزع الدار من يد المدعي؛ لأن حقه كان أسبق، لكن يقال للمقر له: أقم البينة على أن الدار كانت لك، وإن بدأ بالإيداع، وثنى بالإقرار، يؤمر بتسليم الدار إلى المدعي؛ لأنه ثبت حق المدعي، وحق الغائب موهوم؛ لأنه قد صدق المدعي، وعسى يكذبه الغائب، وعلى تقدير التكذيب لا يثبت حق الغائب، ولو لم يقم البينة على الإيداع، ولكن علم القاضي أن الغائب أودعها إياه، لم يجعل بينهما خصومة، وكذلك لو أقر المدعي بذلك.

ولو علم القاضي أنها للمدعي، وأقام الذي في يديه البينة أن فلانًا الغائب أودعها، لا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب.

ولو علم القاضي أن الغائب غصبها من المدعي، وأودع ذا اليد، فإنه يأخذها من ذي اليد، ويسلم إلى المدعي. وذكر في باب اليمين أن ذا اليد لو قال: أودعنيها الغائب، ولم يكن له بينة، يحلف إن حلف، بريء، وإن نكل، لزمه.

ولو جاء المقر له الأول، كان له أن يأخذ من المدعي؛ لأن الإقرار له سابق، ثم يقال للمقر له الثاني، أو الناكل له: أنت على خصومتك مع المقر له الأول إن أقام البينة أخذه، وإن لم يكن له بينة يحلفه، إن حلف بريء، وإن نكل لزمه.

١٧٦٠٨- بائع العبد إذا طلب الثمن من المشتري، فقال المشتري: إنك مبطل في هذه الدعوى؛ لأنك بعت الحر، فإنك حلفت، وقلت: إن اشتريت عبداً فهو حر، ثم اشتريت هذا العبد بعد يمينك، وعتق عليك، وبعته مني، فهذا دفع صحيح لو أثبته بالبينة، وكذلك لو قال: حلفت، وقلت: كل عبد أشتريه؛ فهو حر، ثم اشتريت هذا العبد بعد اليمين، حتى عتق عليك، ثم بعته مني، وكذلك لو قال: أعتقت هذا العبد قبل أن تبيعه مني، فهذا كله دفع صحيح، ذكر الفصل الأخير في "الزيادات" من غير ذكر خلاف، وذكر الفصل الأخير في موضع آخر عن أبي يوسف، وعن أبي حنيفة: أن بينة المشتري لا تقبل على البائع بذلك حتى لا يسترد المشتري الثمن عن البائع، ولكن يعتق العبد على المشتري لإقراره بذلك -والله أعلم-.

الفصل الرابع والعشرون

في دعوى الوصية وجحود الوارث وإقراره بالوصية لغيره وفي دعوى الدين وجحود الوارث ذلك وإقراره بالوصية لرجل آخر

١٧٢٠٩ - قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل مات، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لا مال له غيرهم، فترك ابنا لا وارث له سواه، فأقام رجل بينة أن الميت أوصى له بعبده هذا الذي يقال له: سالم، وأنكر الوارث ذلك، وقال: لم يوص الميت لك بشيء، إنما أوصى لهذا الرجل الآخر بعبده هذا الذي يقال له: بزيع، وصدقه المقر له بذلك، فالقاضي يقضي لصاحب البينة بسالم، ولا يقضي للمقر له من بزيع شيئًا؛ لأنه تعذر تنفيذ الوصيتين؛ لأنهما يزيدان على الثلث، ومحل تنفيذ الوصايا عند عدم إجازة الورثة الثلث، وقد عدم إجازة الورثة ههنا فيما زاد على الثلث؛ لما زعم الوارث أن الميت أوصى ببزيع لا غيره، وتعذر تنفيذ كل وصية بمقدار النصف حتى تكون تنفيذ الوصية بقدر الثلث؛ لأن وصية بزيع لم تثبت في حق صاحب البينة: لأن وصية بزيع ثبتت بالإقرار، والإقرار حجة قاصرة. فإذا تعذر القضاء بالوصيتين بكمالهما، وتعذر القضاء بالشركة، لابد من القضاء بأحدهما، وكان القضاء بما ثبت بالبينة - والبينة حجة في حق الناس كافة - أولى من القضاء بما ثبت بالإقرار، وإنه حجة قاصرة.

فإن قيل: ينبغي أن يقضى للمقر له بجميع بزيع؛ لأن بزيعًا في يد الوارث، وقد أقر الوارث أن جميعه للمقر له. قلنا: الوارث ما أقر ببزيع إقرارًا مطلقًا، إنما أقر به بجهة الوصية، والوصية تنفذ من الثلث، والقاضي لما قضى بسالم بحكم الوصية؛ لأن القضاء يكون على وفق الدعوى، وصاحب البينة ادعاه بحكم الوصية، وإذا تعين سالم محلا للوصية، خرج بزيع من أن يكون محلا لها، فالإقرار من الوارث ببزيع حصل في غير محله، فلم يصح.

توضيحه أن الإقرار ببزيع لما حصل بجهة الوصية ومحل الوصايا الثلث، كان الإقرار ببزيع من الوارث بشرط أن يسلم للوارث ضعف بزيع، وبعد ما قضى القاضي

بسالم لو قضى بربع بإقراره، لا يسلم للوارث ضعفه، فلا يكون تنفيذ إقراره كما أقر به.

فإن قيل: لم لا يقضى للمقر له من بزيع بقدر ثلث ما بقي من التركة سوى سالم بحكم إقرار الوارث، وبيان ذلك: أن في زعم الوارث أن صاحب البينة مبطل في دعواه، وأنه أخذ سالمًا بغير حق، فصار سالم بمنزلة الهالك حكمًا، ولو هلك حقيقة، وقال الوارث: إن الميت أوصى ببزيع، تنفذ الوصية في بزيع بقدر ثلث ما بقي من التركة، وهو ثلث العبدين، فكذا ههنا.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن القاضي لما قضى بوصية سالم، فقد قضى بجميع ما يملك الموصي الإيصاء به؛ لأن القاضي إنما يقضي بالوصية بقدر الثلث، فإذا قضى بوصية سالم، وسالم ثلث ماله، فقد استغرق ما يملك الميت الإيصاء به، ولم يبق في يد الوارث شيء مما يملك الميت الإيصاء به، فجعل الابن مقرًا له بالوصية بما لا يملك الميت الإيصاء به، فوقع إقراره لغوًا.

ثم إذا قضى القاضي بسالم لصاحب البينة، لو اشترى الوارث سالمًا ببزيع، جاز الشراء، وكان ينبغي أن لا يجوز؛ لأن من زعم الوارث أن صاحب البينة أخذ سالمًا بغير حق، وأنه لم يصر ملكًا له، بل بقي على حكم ملك الميت، وصار ملكًا للمقر له، فصار الوارث مشتريًا ما هو ملكه بملك غيره أولى.

قلنا: في زعم الوارث إن سالمًا صار ملكًا لصاحب البينة ظاهرًا عند محمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة، فإن في القضاء بالوصية بشهادة الزور روايتان عن أبي حنيفة، في رواية ينفذ ظاهرًا، لا باطنًا، كما في الأملاك المرسلة، وفي رواية: ينفذ ظاهرًا وباطنًا، وإذا صار سالم ملكًا لصاحب البينة ظاهرًا، أو ظاهرًا وباطنًا، بقي بزيع على ملك الوارث ظاهرًا، أو ظاهرًا وباطنًا حتى لا تزداد الوصية على الثلث، ولهذا لو باع الوارث بزيعًا من غيره يجوز، وطريقه ما قلنا، ولما كان هكذا كان في زعم الوارث أنه يشتري ما هو ملك غيره ظاهرًا وباطنًا، أو ظاهرًا لا باطنًا، ولو كان في زعم الوارث أن شراء سالم فاسد، ففي زعم بائعه أن شراءه صحيح، والحكم في مثل هذا مبني على زعم البائع، كما لو اشترى عبدًا أقر بحريته.

وكذلك لو كان الوارث اشترى سالمًا بألف درهم، كان الشراء جائزًا؛ لما ذكرنا أنه اشترى ما هو مملوك لغيره ظاهرًا وباطنًا، أو ظاهرًا لا باطنًا، إلا أن تفاوت ما بين الفصلين أن في الفصل الأول يضمن الوارث قيمة بزيع للمقر له ببزيع، وفي الفصل الثاني يؤمر الوارث بتسليم بزيع إلى المقر له، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن في زعم الوارث أن سالمًا بقي على ملك الميت باطنًا عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وأنه وصل إليه بحكم الميراث لا بحكم الشراء، وأن الشراء منه كان تخليصًا للمغصوب، فإذا وصل سالم إلى الوارث، فقد وصل إليه بحكم الميراث ثلثا ملك الميت بزعمه، فيجب تنفيذ وصية بزيع فيه؛ لأن المانع من تنفيذ وصيته عدم سلامة ضعفه للوارث، وقد زال هذا المانع لما سلم سالم للوارث بحكم الميراث، غير أن في الفصل الأول عجز الوارث عن تنفيذ وصيته في عينه ببيعه وتسليمه، فينفذها في قيمته، وفي الفصل الثاني قدر على تنفيذ وصيته في عينه، فيسلم عينه إلى المقر له.

١٧٢١٠ - رجل مات وترك عبدًا قيمته ألف درهم، لا مال له غيره، فأقر الوارث أن الميت أوصى بهذا العبد لفلان، وأني أجزت وصيته بعد موته، وأقام رجل بينة أن له على الميت ألف درهم، وجحد الوارث دينه، فإن القاضي يبيع العبد بالدين، ويقضي الدين من ثمنه؛ لأن الدين والوصية لو كانا ثابتين بالبينة، كان الدين مقدمًا على الوصية، فإذا كان الدين ثابتًا بالبينة، والوصية ثابتة بالإقرار؛ لأن يقدم الدين كان أولى، وإنما شرط محمد رحمه الله إجازة الوارث وصية الميت لتكون الوصية حاصلة بجميع مال الميت.

فإذا باعه القاضي بدين ألف درهم، وقضى دين الغريم من ثمنه، ثم إن الوارث اشترى العبد، أو رجع العبد إليه بهبة، أو وصية، أو ميراث، فأراد المقر له أن يأخذه من الوارث بإقراره له بالوصية، لا سبيل له عليه.

فرق بين هذه وبين المسألة المتقدمة، فإن في المسألة المتقدمة إذا قضى القاضي بسالم لصاحب البينة، ثم وصل إلى الوارث سالم بشراء، أو هبة، أو وصية، فإنه يؤمر الوارث بدفع بزيع إلى المقر له بالوصية ببزيع.

والفرق: أن في مسألتنا القاضي ببيع العبد حول حق الموصى له من العبد إلى ثمنه، وله هذه الولاية، بيانه: أن للقاضي ولاية بيع الموصى به إذا كان متعذراً على الموصى به للحفظ عليه حال عجز الموصى له عن الحفظ بنفسه بالغيبة، وما أشبه ذلك؛ لما عُرف أن حفظ الدراهم أيسر من حفظ العين، وههنا الموصى له عجز عن الحفظ بنفسه؛ لأن القاضي حال بينه وبين العبد بسبب دين الغريم، فقد حصل بيع القاضي عن ولاية شرعية، فنفذ ظاهراً وباطناً، فظهر العبد عن الوصية، وتحولت الوصية إلى بدل العبد، ولهذا لو ظهر أن الشهود على الدين كانوا عبيداً، لا يبطل بيع القاضي، ويدفع ثمن العبد إلى الموصى له، بخلاف الفصل الأول، فإنه لو ظهر أن الشهود على الوصية بسالم كانوا عبيداً، يبطل قضاء القاضي، ويدفع بزيع إلى المقر له؛ لأنه لم يسلم له بالميراث مصحفه، فإذا وصل إليه سالم، فقد سلم له مصحفه، فيلزمه رده إلى المقر له.

ولو أن الغريم مات بعد ما قبض الثمن، وورثه وارث الميت الأول، فإن ورث تلك الألف بعينها، فللمقر له أن يأخذها، وإن ورث مالاً آخر غير تلك الألف، يباع منه بقدر ألف درهم، ويدفع ذلك إلى المقر له؛ لأن في زعم الوارث والمقر له أن الوصية تحولت إلى ثمن العبد، وأن الغريم حين أخذ الثمن صار غاصباً له، وصار ذلك ديناً عليه، والدين مقدّم على الميراث، وزعمهما حجة في حقهما، ولو لم يرثه وارث الميت، ولكن أوصى الميت للمقر له بتلك الألف بعينها، كان على الوارث أن يردها على المقر له، وإن كان أوصى له بمال آخر، يعطى من ذلك للمقر له قدر ألف درهم، وصار الجواب في الوصية نظير الجواب في الميراث؛ لأن الدين كما يقدم على الميراث يقدّم على الوصية أيضاً، وإن لم يكن شيء من ذلك، ولكن وهب الغريم للمقر له تلك الألف بعينها، أو ألفاً أخرى، إن كانت الهبة في حالة المرض، فالجواب فيها كالجواب في الوصية؛ لأن الهبة في مرض الموت وصية، وإن كانت الهبة في حالة الصحة إن كان الموهوب تلك الألف بعينها أمر بالتسليم إلى الغريم؛ لأنه وصل إليه عين ما أقر به، وإن كان الموهوب ألفاً أخرى، لا يؤمر بالتسليم إلى الغريم؛ لأنه لم يصل إليه ما أقر له به، ولا ما تعلق به حقه؛ لأن دين الحر الصحيح لا يتعلق بماله على ما عرف.

ولو أن القاضي لم يبع العبد من الأجنبي بالدين، لكن أعطاه الغريم بدينه، فقال: هذا العبد بيع لك بدينك، أو قال: جعلته لك بدينك، فأخذه الغريم على هذا، ثم إن

الوارث اشتراه منه ، أو وهبه الغريم له ، أو تصدق به عليه ، فلا سبيل للمقر له على العبد ، وهذا وما لو باعه من الأجنبي سواء ؛ لأن بيع القاضي إنما يصح على المقر له بطريق الحفظ ، وفي هذا المعنى البيع من الأجنبي ومن الغريم سواء ، فصح بيع القاضي من الغريم ، وانتقل حق الموصى له المقر له إلى الثمن .

وهذه المسألة دليل على أن البيع ينعقد بلفظ الصلح ، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه ينعقد لوجود معنى البيع ، وهو تسليم العين ببدل ، والعبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ ، ألا ترى أن من قال لغيره : جعلت لك ابنتي بألف درهم ، كان نكاحًا ، لوجود معنى النكاح ، كذا ههنا .

قال : ولو أن القاضي لم يبع العبد من الغريم ، ولكن جعله صلحًا للغريم من ماله ، بأن قال : هذا العبد صلح لك من مالك ، وسلمه إليه ، ثم وصل العبد إلى الوارث يومًا من الدهر ، يؤمر الوارث بتسليمه إلى الموصى له المقر له ، بخلاف ما لو باعه من الغريم ، ثم وصل إلى الوارث ، فإن هناك لا يؤمر الوارث بتسليمه إلى الموصى له المقر له .

والفرق : وهو أن الصلح يتعلق بالدين المضاف ، ولهذا لو صالح مع غيره على دين له عليه ، ثم ظهر أنه لا دين ، كان الصلح باطلًا ، وفي زعم الوارث أنه لا دين للغريم على الميت ، وأن الصلح وقع باطلًا ، وأن حق المقر له في عين العبد باق على حاله ، فإذا وصل العبد إليه ، يؤمر بتسليمه إلى المقر له عملًا بزعمه ، أما البيع لا يتعلق بالدين المضاف إليه ، ولهذا إذا باع شيئًا من غيره بالدين الذي له عليه ، ثم ظهر أنه لا دين ، لا يبطل البيع ، فيتحول حق الموصى له المقر له من العين إلى الثمن بزعم الكل ، فلهذا لا يؤمر الوارث بتسليم العين إلى المقر له متى وصل العين إليه .

١٧٢١١ - رجل مات ، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على سواء ، لا مال له غيرهم ، ثم شهد شهود أن الميت أوصى بهذا العبد الأكبر لهذا الرجل ، وجحد الوارث في ذلك ، وأقر أن الميت كان أوصى بهذا العبد الأصغر لهذا الرجل الآخر ، فلم يقض القاضي بشهادة الشهود حتى أعتق المقر له العبد المقر به ، نفذ عتقه ؛ لأنه أعتق ملك نفسه ؛ لأن الوارث أقر بالأصغر ، وصح إقراره ؛ لأنه ملكه ظاهرًا ، ألا ترى أن الوارث لو أعتقه بنفسه صح إعتاقه ، فصح إقراره به للمقر له ، فملكه المقر له ، فنفذ عتقه ، فإن قضى

القاضي بعد ذلك للمشهود له بالعبد المشهود به، يؤمر المقر له بتسليم قيمة العبد المقر به إلى الوارث؛ لأن الوارث ما أقر بالعبد الأصغر له مطلقًا، إنما أقر له به وصية، وحين قضى القاضي للمشهود له بالمشهود به فقد بطلت وصية المقر له؛ لأن محل الوصية الثلث، والثلث صار موضوعًا في يد المشهود له بولاية القضاء، فيلزمه رد العبد الأصغر، وتعذر رده صورة بالإعتاق، فيجب رده معنى برد القيمة.

فإن قيل: إذا بطلت الوصية للمقر له، ينبغي أن يبطل إعتاقه، كما لو كان الوارث أقر بوصية الأكبر لهذا الرجل، وأعتق المقر له الأكبر، ثم قضى القاضي لمدعي الأكبر بالأكبر بالبينة، فإنه يظهر أن العتق باطل في الأكبر، وسلّم الأكبر للمقضي له.

قلنا: في تلك المسألة قضى بعين العبد المقر به لغير المقر له، فيظهر أنه أعتق ملك الغير، وههنا ما قضى بعين المقر به لغير المقر له؛ لأن المقضي له العبد الأكبر دون الأصغر، إلا أنه في معنى البدل عن الأصغر؛ لأنه ما لم يسلم الأكبر للمقر لا يسلم الأصغر للمقر له، وكان في معنى البدل عنه من هذا الوجه، واستحقاق بدل العتق لا يوجب بطلان العتق؛ لأنه لا يظهر أنه أعتق ما لا يملك؛ لأن بدل المستحق بعد القبض مملوك للقابض ملكًا فاسدًا على ما عرف، وإذا لم يبطل العتق، وبطلت وصيته، وعجز عن رد عين العبد، وجب رد القيمة.

فإن قيل: القيمة لو وجب، وجب للوارث، وفي زعم الوارث أنه أعتق ملك نفسه، وأنه لا قيمة عليه. قلنا: القاضي لما قضى للمشهود له بالمشهود به وصية، فقد كذب الوارث فيما زعم، فالتحق زعمه بالعدم، ألا ترى أن المشتري عند الاستحقاق يرجع بالثمن على البائع، وإن كان في زعم المشتري أن المشتري ملك البائع، إلا أن القاضي لما قضى بالملك للمستحق[1]، فقد كذب المشتري في زعمه، فالتحق زعمه بالعدم، كذا ههنا.

ولو أن المقر له لم يعتق العبد المقر به حتى قضى القاضي بالعبد المشهود به للمشهود له، بطلت وصية المقر له، فإنما أعتق ما ليس بمملوك له، فلا يصح إعتاقه، ولا كذلك ما قبل قضاء القاضي للمشهود له؛ لأن قبل قضاء القاضي وصية المقر له على الصحة، فإنما أعتق المقر له ملك نفسه، فإن وصل العبد المشهود إلى يد الوارث يومًا من الدهر يوجه

من الوجوه يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له؛ لأن في زعم الوارث أن هذا العبد لم يكن موصى به، وأنه في يد المشهود له بحكم الغصب، فإذا وصل إليه بطريق من الطرق، كان واصلاً إليه بحكم الميراث. فيؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له؛ لأن قبل هذا إنما كان لا يؤمر به مع إقراره أنه موصى به لانعدام شرطه، وهو سلامة ضعفه له، فإذا وصل إليه المشهود به بحجة الميراث، فقد سلم له ضعف المقر به. فأمر بالتسليم إلى المقر له.

فإن قيل: أليس إنكم قلتم: إن القاضي لما قضى للمشهود له بالمشهود به، فقد أبطل وصية المقر له في المقر به، وبعد ما بطل حقه في المقر به كيف يؤمر بتسليم المقر به إليه؟

قلنا: معنى قولنا: أبطل وصية المقر له، أنه امتنع من تنفيذ وصيته في المقر به لانعدام شرطه، وهو سلامة ضعفه للوارث، وقد وجد هذا الشرط بوصول سالم إليه، فيجب تنفيذ وصية المقر له، ويجوز أن يمتنع نفوذ الوصية لمعنى من المعاني، ثم يجب تنفيذه عند زوال ذلك المعنى. ألا ترى أن من أوصى بعبد لإنسان، ثم مات وعليه دين مستغرق، فإنه لا يجب تنفيذ الوصية في العبد لمكان الدين، فإذا سقط الدين بمعنى من المعاني نحو الإبراء، أو ما أشبهه، فإنه يجب تنفيذ الوصية فيه، لزوال المانع، كذا ههنا. أو نقول: إن القاضي وإن أبطل وصية المقر له، إلا أن الوارث مصر على إقراره بالوصية له، فأمر بالتسليم بحكم هذا الإقرار، ثم قال: ولا يعتق العبد المقر به على المقر له بذلك الإعتاق السابق، فلم يصح هذا العتق من المقر له على سبيل التوقف، وإن وجد بعد سبب الملك له، وهو إقرار الوارث والعتق مما يتوقف على المعتق إذا وجد بعد وجود سبب الملك. أما عند محمد فلأنه لم يتوقف هذا العتق على المقر له؛ لأنه توقف[1] على مالك ظاهر، وهو الوارث، فإن المقر به ملك الوارث ظاهر، ولهذا لو أجاز الوارث هذا العتق ينفذ عليه

والأصل عند محمد: أن العتق متى توقف على إجازة مالك ظاهر، لا يتوقف على غيره، كما في المشتري من الغاصب إذا أعتق، فإنه لا يتوقف عليه؛ لأنه توقف على إجازة مالك ظاهر. فلا يتوقف على غيره، كما في المشتري، وبهذا الحرف يقع

(١) وكان في الأصل رم بالملك للمستحق.

الفرق في مسألتنا، ومسألة المشتري من الغاصب على مذهبه، وبينما إذا أوصى الرجل بعينه لإنسان، ثم مات الموصي وعليه دين محيط بماله، ثم إن الغرماء أبرأوا الميت عن الدين، فإن العتق ينفذ على الموصى له؛ لأن هناك ما توقف العتق على إجازة أحد سوى الموصى له، فأما الغرماء أو الورثة لو أجازوا ذلك العتق لا ينفذ، فجاز أن يتوقف على إجازة الموصى له، وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنما لم يتوقف هذا العتق على المقر له؛ لأنه وجد قبل سبب الملك، أو بعد وجود سبب قاصر، والعتق عندهما قبل وجود سبب الملك، أو بعد وجود سبب قاصر لا يتوقف، وبيان ذلك العتق من المقر له إنما حصل بعد ما بطل القضاء برمته، وكذب الوارث في إقراره بالقضاء بالمشهود به للمشهود له، وهو السبب المعين لملك المقر له، إلا أن الوارث مصر على إقراره، فأمر بتسليم المقر به إلى المقر له بالإقرار الموجود بعد الإعتاق، فكان الإعتاق حاصلاً قبل سبب الملك، وإن لم يبطل السبب بنقض القاضي، فلا أقل من أن ينتقص السبب، والأصل عندهما أن العتق إنما يتوقف بعد وجود تمام سبب الملك، وبهذا الحرف خرج مسألة المشتري من الغاصب؛ لأن هناك العتق وجد بعد تمام سبب الملك على ما عرف في تلك المسألة، أما ههنا بخلافه.

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل: ثم، وفي ظهر الإقرار

وتبين أن الإقرار كان باطلًا من شخص هو ليس بمالك، ومتى بطل الإقرار بطل التصديق؛ لأنه يقتضي عليه، وصار وجودهما والعدم بمنزلة، ولو لم يوجد لقضي بينهما، فكذا إذا صار وجودهما والعدم بمنزلة، فأما إذا كانت الشهادة بعد الإقرار، فعند ظهور العدالة لا يظهر الاستحقاق قبل الإقرار، فلا يتبين أن الإقرار كان باطلًا، وإذا لم يبطل الإقرار، صار المقر له صاحب يد، وغير المقر له خارج، فيقضي ببينة الخارج.

عبارة أخرى للفرق بينهما أنهما إذا أقاما البينة قبل الإقرار[2]، فقد استحق كل واحد منهما القضاء بجميع العبد عند تزكية بينة على الانفراد، وبنصف العبد عند تزكية بينته وبينة صاحبه، فهو بإقراره لأحدهما يريد إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما عليه، أما استحقاق المقر له، فلأنه يقول له: من حيث المعنى أنا مقر لك بالملك في العبد، والبينة إنما تسمع على الجاحد لا على المقر، فيبطل استحقاقه عليه بالبينة، أما استحقاق الآخر، فلأنه يقول له من حيث المعنى العبد ملك المقر له، وفي يدي أمانة، ويد الأمانة ليست بيد خصومة، وليس له ولاية إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما بإقراره، فصار وجود هذا الإقرار منه، والعدم بمنزلة والتقريب ما ذكرنا، فأما إذا أقر قبل إقامة البينة فليس في هذا الإقرار إبطال الاستحقاق لهما عليه؛ لأن كل واحد منهما لم يستحق عليه شيئًا قبل إقامة البينة؛ لأن مجرد الدعوى لا يصلح سببًا للاستحقاق، فصح إقراره، وصار المقر له صاحب يد، والتقريب ما ذكرنا.

وكذلك لو أقام كل واحد منهما شاهدًا واحدًا على دعواه، ثم إن صاحب اليد أقر بالعبد لأحدهما، فالقاضي يدفع العبد إلى المقر له؛ لما ذكرنا، ولا يبطل ما أقام كل واحد منهما من الشاهد الواحد، حتى لو أقام كل واحد منهما بعد ذلك شاهدًا آخر، يقضي بالعبد بينهما؛ لأن كل واحد منهما استحق القضاء بهذا العبد عند تمام الحجة، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال استحقاق كل واحد منهما، فلا يقدر عليه.

توضيحه: أن كل واحد منهما قصد إثبات ملك مؤكد بالحكم، والإقرار لا يفيد له ذلك، فصار وجود إقراره فيما هو مقصود والعدم بمنزلة، فإن أقام غير المقر له شاهدًا

---

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: بعد الإقرار.

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ط: المقر.

آخر، قضي بالعبد له؛ لأن شهادة الشاهد الأول لما لم تبطل ينضم شهادة الثاني إلى شهادة الأول، فتمت الحجة في حق غير المقر له، ولم تتم الحجة في حق المقر له، فيقضي بجميع العبد لغير المقر له لهذا، فإن لم يقض القاضي لغير المقر له في هذه الصورة حتى أقام المقر له شاهداً آخر، قضي بالعبد بينهما؛ لأن الحجة قد تمت في حق المقر له أيضاً، وهما خارجان من حيث المعنى، ولا رجحان لأحدهما على صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ادعى الاستحقاق على صاحب اليد، ولم يدع أحدهما الاستحقاق من جهة صاحب اليد، كما فيما تقدم، فلم يترجح أحدهما على الآخر، فيقضي بالعبد بينهما.

فإن لم يقض القاضي بالعبد بينهما نصفان في هذه الصورة حتى قال غير المقر له: أنا أعيد شاهدي الأول على المقر له على أن العبد لي وأعاده، فالقاضي يقضي بكل العبد لغير المقر له؛ لأنه لما أقام شاهده الأول على المقر له، فقد ترك الاستحقاق الثابت له بحكم شهادة الشاهد الذي شهد على صاحب اليد، وأبطل شهادة ذلك الشاهد، وعند ذلك ينفذ إقرار المقر؛ لأن عدم نفاذ إقراره قبل هذا، كيلا يبطل ما أقام غير المقر له من الشهادة، فإذا رضي ببطلانه، فقد زال المانع، فنفذ إقرار المقر، فصار المقر له صاحب اليد، ووقع الدعوى بين الخارج وبين صاحب اليد، فيقضي بالعبد للخارج.

فإن قال المقر له[1]: أنا أعيد شاهدي الأول أن العبد عبدي لم يلتفت إليه؛ لأنه صار مقضياً عليه، ولأنه لا يتصور في حقه أن يترك الاستحقاق الثابت له بما أقام من الشاهد على ذي اليد، وتستأنف الخصومة استئنافاً مع غير المقر؛ لأنه صاحب يد، فلا يسمع منه البينة على الملك المطلق.

فإن قال: غير المقر له قد مات شاهدي الأول، أو غاب يقال له: هات بشاهد آخر، فأقمه على المقر له حتى يقضي لك بكل العبد، وهذا لأن شهادة الشاهد الأول، لا تبطل بموته، ولا بغيبته، وكان موته وغيبته وبقاؤه حياً سواء، فإذا أقام شاهداً آخر يضم الشاهد الثاني إلى الشاهد الأول، فيقضي له بالعبد كله إلا أن يقيم المقر له شاهداً آخر مع شهادة الأول قبل القضاء لغير المقر له، فحينئذ يقضي بالعبد بينهما؛ لأن هذه الخصومة بناء على الخصومة الأولى، وهما خارجان في تلك الخصومة من حيث المعنى

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكذا في ظ «المقر».

قال: أو يقيم المقر له شاهدين مستقلين، فيقضي بينهما، كما لو أقام كل واحد منهما شاهداً آخر؛ وهذه المسألة من المسائل التي كتب محمد بن سماعة بن الحسن رحمهما الله بستفرقه بينهما، وبين المسألة التي فيها طعن القضاة الثلاثة، فكتب إليه محمد رحمه الله أن الصحيح أن يقضي بالعبد بينهما، ثم فرّق بينما لو أقام غير المقر له شاهدين مستقلين على المقر له، وبينما أقام المقر له شاهدين مستقلين على غير المقر له، فقال: إذا أقام غير المقر له شاهدين مستقلين يقضي بكل العبد له، وقال: إذا أقام المقر له شاهدين مستقلين يقضي بالعبد بينهم.

والفرق: بينهما هو أن لغير المقر له أن يستأنف الخصومة مع المقر له؛ لأن ما يدّعيه غير المقر له في يد المقر له، فصار المقر له خصماً، وهو ذو اليد وغير المقر له خارج، فيقضي بالعبد للخارج.

فأما المقر له، فلا يمكنه أن يجعل الذي ليس بمقر له خصماً، ويستأنف الخصومة معه؛ لأنه لا يد لغير المقر له، فاعتبر إقامة الشاهدين بناء على الخصومة الأولى، كأنه أقامها على ذي اليد، فبقيت خارجين، فيقضي بالعبد بينهم لهذا.

فإن قيل: إن لم يمكن أن يجعل إقامة شاهدين مستقلين من المقر له على سبيل استئناف الخصومة مع المدعي لاستحقاق العبد عليه يمكن أن يجعل هذا منه إبطالاً لما أقام غير المقر له من الشاهد الأول الذي أقامها على المقر له، كما جعل فيما تقدم، وهو ما إذا ادعى ذو اليد أنه لفلان أودعنيه، فقيل: أن يقضي القاضي ببينة مدعي الشراء حضر فلان، وأقام البينة أنه له أودعه من ذي اليد، كما أقر حيث يبطل به بينة مدعي الشراء، فهنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب ثمة أمكن قبول بينته على إبطال بينة المدعي للشراء؛ لأن المقر له ببينته يثبت أن مدعي الشراء أقام البينة على مودعه وهو غائب، وبينة المدعي على المودع حال غيبة المودع باطلة؛ فأمكن قبول بينته لإبطال بينة المدعي.

أما في مسألتنا لا يمكن قبول بينة المقر له على إبطال ما أقام غير المقر له من الشاهد؛ لأن أكثر ما في الباب أنه يثبت أن غير المقر له أقام البينة على المودع، لكن المقر له حاضر، وبينة المدعي على المودع حال حضرة المودع مقبولة، فلهذا افترقا.

١٧٢٩٣ - قال محمد رحمه الله : عبد في يدي رجل ادعاه رجلان ، كل واحد منهما أقام بينة أنه عبده أودعه الذي في يديه ، وصاحب اليد جاحد وساكت ، وقضى القاضي بالعبد بين المدعيين لاستوائهما في الحجة ، ثم إن أحد المدعيين أقام بينة أن العبد عبده ، لم ينتفع بتلك البينة ، ولا يقضى على صاحبه بشيء ؛ لأن كل واحد من المدعيين صار مقضياً عليه في النصف الذي قضي به لصاحبه ؛ لأنه ببينته استحق الكل ولولا بينة صاحبه لقضي له بكل العبد ، فإنما حرم كل واحد عن النصف ببينة صاحبه ، فصار هو مقضياً عليه في شيء لا يصير مقضياً له في عين ذلك الشيء .

فإن قيل : كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضياً عليه في النصف الذي صار لصاحبه ، ولم يكن له في ذلك النصف ملك قبل القضاء لصاحبه .

قلنا : إن لم يكن له فيه ملك ، كان له حق الملك ؛ لأنه أقام البينة أن الكل له ، والبينة توجب حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها ، وقبل اتصال القضاء بها ، يوجب حق الملك ، وحق الملك معتبر بحقيقة الملك ، ولو ثبت الحقيقة يصير مقضياً عليه ، كذا ههنا ، ولو عدلت بينة أحدهما ، ولم يعدل بينة الآخر ، أو لم يقم الآخر شاهداً واحداً ، فقضى به لمن عدلت بينته ، ثم جاء الآخر ببينة عادلة ، قضى له به ؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه به من جهة صاحبه ؛ لأنه لم يكن له في المقضي به لا حقيقة الملك ، ولا حق الملك ، لانعدام الحجة الموجبة للقضاء ، والقضاء على الإنسان بإزالة الاستحقاق الثابت له ، فإذا لم يكن الحق ثابتاً له كيف يتصور إزالته ، فعلم أنه لم يصر مقضياً عليه ، فسمع دعواه وبينته بعد ذلك .

ولو أقام أحدهما البينة ، فلم يزك بينته حتى أقر ذو اليد أن العبد الذي لم يقم البينة أودعه إياه ، ودفع القاضي العبد إلى المقر له ، ثم زكيت بينة الذي أقامها ، وأخذ صاحب البينة العبد من المقر له ، ثم إن المقر له أتى ببينة أنه عبده أودعه إياه ذو اليد ، قبلت بينته ، وقضى له بالعبد ؛ لأن المقر له لم يصر مقضياً عليه ؛ لأن بينة غير المقر له قامت على ذي اليد ، وجعل المقر له كالوكيل عنه على ما مر قبل هذا .

فإن قيل : الملك يثبت للمقر له بإقرار ذي اليد ، وبتصديق المقر له إياه ، ثم استحق عليه بالقضاء ببينة المدعي ، فيجعل المقر له مقضياً عليه . قلنا : إقرار ذي اليد كان بعد

إقامة المدعي بينة على ذي اليد، وبعد ظهور عدالة الشهود يثبت الاستحقاق من وقت الشهادة، فظهر أن إقرار ذي اليد كان باطلا؛ لأنه ظهر أنه لم يكن مالكًا للعبد، وإذا بطل إقراره بطل تصديق المقر له؛ لكونه بناء عليه، وإذا بطل الإقرار والتصديق، صار وجودهما والعدم بمنزلة، ولو عدما، وباقي المسألة بحالها، كان المقضي عليه الذي كان العبد في يده دون المقر له، كذا ههنا.

وكذلك لو أقام المقر له البينة على ما ذكرنا قبل القضاء لصاحبه ببينة، يقضي للمقر له، وتبطل بينة صاحبه؛ لأن ببينة المقر له ظهر أن بينة صاحبه قامت على مودع المقر له، وهو ليس بخصم، والبينة متى قامت على غير خصم كان باطلا.

فإن قيل: بينة المدعي متى قامت على المودع المقر له إنما يبطل إذا كان المقر له غائبًا وقت إقامة البينة على مودعه، أما إذا كان حاضرًا كانت مقبولة، كما في ما تقدم، وتكون إقامة البينة على مودع المقر له، وههنا المقر له كان حاضرًا وقت إقامة المدعي البينة.

قلنا: المقر له وإن كان حاضرًا وقت إقامة البينة على الذي كان العبد في يديه حقيقة فهو، لكنه غائب حكمًا؛ لأنه ليس بخصم للمدعي وقت إقامة البينة؛ لأنه لم يكن للمقر له في العبد لا ملك ولا حق، ولم يثبت له زيادة خصوصية بهذا العبد من بين سائر الأجانب، وهو كونه بحال لو أقام شاهدًا واحدًا يقضى له، فصار غائبًا[1] حكمًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة إن لم يكن للمقر له حقيقة الملك، ولا حق الملك بإقامة الشاهد الواحد، ولكن له زيادة خصوصية في هذا العبد من بين سائر الأجانب؛ لأنه صار بحال يستحق هذا العبد بإقامة شاهد واحد، فكانت خصوصية معتبرة واعتبارا، بخلاف ما نحن فيه على ما مر.

فإن قال غير المقر له: أنا أعيد شهودي على المقر له، هل تقبل بينته؟ فهذا على وجهين: إن كان ذلك بعد ما قضى ببينة المقر له، لا تسمع بينته؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة المقر له، وإن كان ذلك قبل القضاء ببينة المقر له، قبلت بينته؛ لأنه لم يصر مقضيًا عليه، ثم يقضى له بجميع العبد؛ لأنه لما أعاد البينة فقد أبرأ ذا اليد عن الخصومة،

---

(١) في الأصل: [illegible] ولم نثبت.

فيؤمر المدعى بتسليم الدار إليه، ويقال له: إن شئت أخذ الدار فأقم البينة.

ولو أن المدعي صدّق صاحب الوديعة في أنها وديعة فلان، فلا خصومة بينهما اعتباراً للثابت بالتصادق بالبينة معاينة.

ولو علم القاضي أن الدار لرجل، فصارت بعد في يدي آخر، فخاصمه الذي كانت الدار له إلى القاضي، فقال الذي الدار في يديه: إن فلاناً أودعنيها، وأقام على ذلك بينة، فلا خصومة بينهما، ولا يخرج الدار من يدي الذي كانت في يديه حتى يحضر فلان؛ لأن الثابت بالبينة العادلة إذا قبلت كالثابت عياناً، ولو عاين القاضي هذا، دفع الخصومة بكون الدار للمدعي في زمان، لا تجعل الذي في يديه الدار متناقضاً في دعوى الإيداع من الغائب، لجواز أنها كانت للمدعي، ثم باعها، أو آجرها، أو رهنها من فلان من الذي في يديه.

ولو علم القاضي أن فلاناً غصبها من الذي كانت له، وأودعها الذي في يديه، أخذها من الذي في يديه، ودفعها إلى الذي علم أنها كانت له؛ لأنه علم أن يد ذي اليد مبطلة، بخلاف ما لو علم أن فلاناً أودعها هذا الذي في يديه، ولم يعلم أنه غصب من المدعي؛ لأن هناك لم يعلم بكون يد ذي اليد مبطلة، بل شك في ذلك يجوز أن يكون المدعي باع من فلان، ثم إن فلاناً أودعها من ذي اليد، فلا تكون يده مبطلة، فلا يجب نقضها، ويجوز أن يكون فلان غصبها من المدعي، ثم أودعها من ذي اليد، فتكون يده مبطلة، فيجب نقضها، فلا يجب نقضها بالشك.

ثم إن محمداً رحمه الله اعتبر علم القاضي في هذه المسألة حتى قال: إذا علم القاضي أن فلاناً غصبه من المدعي، يأخذها من صاحب اليد، ويدفعها إلى المدعي، وهذا جواب رواية الأصول.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أن القاضي بعلمه لا يقضي، قال ابن سماعة: رجع محمد إلى هذا القول في آخر عمره، وقال: القاضي لا يقضي بعلمه، وإن استفاد العلم في حالة القضاء، حتى يشهد معه شاهد واحد، قال: لعل القاضي غالط فيما يقول، فشرط مع علمه شهادة شاهد آخر، حتى يصير علمه مع شاهد آخر في معنى شاهدين - والله أعلم -.

الفصل السادس والعشرون
في دعوى الوكالة والكفالة والحوالة

١٧٦١٥ - رجل من وكلاء باب القاضي ادعى قبل القاضي على رجل أنه وكيل من جهة فلان ابن فلان ابن فلان الغائب بإثبات حقوقه وديونه على الناس، وللغائب على هذا عشرة دراهم قرض، مره حتى يسلم إليّ، فلم يجب المدعى عليه، لكن وكيل آخر من وكلاء القاضي بحضرة المدعى عليه أجاب، وقال: إن موكلي يقول: ليس علي هذه العشرة، وليس لي علم بهذه الوكالة، فأقام الوكيل شاهدين على التوكيل، وطلب الحكم من القاضي، فقضى القاضي بثبوت وكالته، والمدعى عليه ساكت لم يجب أصلا، وتوكيل الوكيل من المدعى عليه ليس بثابت، هل يصح هذا الحكم؟ وهل يثبت التوكيل؟ قيل: لا، وبه كان يفتي الإمام ظهير الدين، وهي واقعة العامة فتحفظ.

١٧٦١٦ - رجل استأجر كرمًا إجارة طويلة، وغاب، وبعد ذلك جاء رجل وقال: أنا وكيله ببيع المال، وفسخ الإجارة، وأنكر هو التوكيل. وأقر بالبيع يقضي.

رجل ادعى عند القاضي ثبوت الوكالة بحضرة المدعى عليه، كان ذلك قضاء على الغائب.

١٧٦١٧ - ادعى أن وكيل فلان باستيفاء الدين من رجل، فادعى المديون الإبراء والإيفاء، قال المدعي: عزلني الموكل، إن كان التوكيل بالتماس الخصم لا يملك عزله، فلا تسمع هذه الدعوى، وإن كان بغير التماس منه، يثبت الدعوى إذا أقام البينة على الغرماء على العزل، أما بدون البيّنة فلا.

ولو قال: لست بوكيل، وصدقه خصمه، لا يسمع، رأيتُ هنا في أنه إذا صالح مع الخصم، ثم قال: لست بوكيل، وأراد استرداد ما دفع، وصدقه الخصم، لا يسمع.

١٧٦١٨ - ادعى على آخر الكفالة(١) بمال الإجارة معلقة بالفسخ، وقال: إني قد

---
(١) وكذا في الأصل: "بمال الكفالة".

الفصل السابع والعشرون
في دعوى العتق

بعض مسائل هذا الفصل قد مرّ قبل هذا.

١٧٢٢٢ - عبد في يدي رجل، قال: إني كنت عبداً لهذا الرجل، وأما اليوم حر؛ لما أنه قال لي: اگر دو سال كار من كني تو آزاد، ومن دو سال كار او كردم، وأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، ويحكم بعتقه.

١٧٢٢٣ - عبد ادعى أنه حر الأصل في موضع لم يسبق منه الإقرار بالرق، وقضى القاضي بحريته؛ لما أن القول في ذلك قوله، لا يرجع المشتري بالثمن على بائعه عند بعض المشايخ، وعند بعضهم يرجع، والحيلة للمشتري في ذلك حتى يرجع بالثمن على البائع أن يدعي المشتري على العبد الرق، ويقول: أقر لي بالرق، ويقيم البينة عليه، ثم يقيم العبد البينة على أنه حر الأصل، فيرجع المشتري حينئذ بالثمن على البائع

١٧٢٢٤ - عبد في يدي رجل يزعم أنه ملكه، وادعى العبد عليه أنه أعتقه، وشهد الشهود أنه حر الأصل، لا تقبل، وكذلك لو ادعى العبد أنه حر الأصل، وشهد الشهود أن صاحب اليد أعتقه، لا تقبل، وقيل: تقبل، وعلى العكس لا تقبل، وقيل: تقبل في الوجهين جميعاً.

١٧٢٢٥ - ادعى غلاماً في يدي رجل أنه ملكه، أعتقه منذ سنة، فالقاضي يسأل المدعي البينة على الملك، لا على العتق؛ لأنه إذا أقام البينة على العتق، ولم يكن له بينة، يحلف المدعى عليه على الملك.

١٧٢٢٦ - ادعى على امرأة بأنها أمته، فأقامت الأمة بينة أنها كانت لفلان، وأنه أعتقها، وأقام المدعي بينة أن فلاناً ذلك قد أقر أن هذه الأمة أمتي وملكتي، فإن أرّخا وتاريخ الإقرار أسبق، قضي بالملك للمدعي، وإن لم يؤرخا، يجعل كأنهما وقعا معاً، الإقرار والإعتاق بالملك للمدعي، فيقضي بالعتق ببينة الأمة.

١٧٢٢٧ - ادعت حرية الأصل، ثم ادعت حرية عارضية، يسمع، وكذلك [لو ادعى العبد أنه حر الأصل، وكذلك][1] على العكس، يجب أن يسمع.

١٧٢٢٨ - الجارية إذا تداولتها الأيدي، فادعت أنها حرة الأصل، أو ادعت عتقًا عارضيًا بتاريخ قبل تاريخ البياعات، ورجع المشتري الآخر على بائعه، وكذلك بائعه رجع على بائعه، وأبى البائع الأول الرجوع عليه، ففيما إذا ادعت حرية الأصل إن لم يسبق منها إقرار بالرق، لا نصا ولا دلالة من انعقاد البيع، وما أشبه ذلك، على ما عرف في كتاب الإقرار، ليس له أن يأبى؛ لأن حرية الأصل تثبت بمجرد قولها في حق الناس كافة، إذا لم يسبق منها إقرار بالرق، ولو سبق منها إقرار بالرق، كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه؛ لأن حرية الأصل لا تثبت بمجرد قولها في موضع سبق منها الإقرار بالرق، وفيما إذا ادعت عتقًا عارضيًا، كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه على كل حال؛ لأن العتق العارضي لا يثبت بمجرد قولها، وفي كل موضع تقضي القاضي بحرية الأصل لا يشترط حضرة العبد والأمة لرجوع المشتري على البائع بالثمن - والله أعلم -.

---

(١) ما بين القوسين من الأصل فقط

الفصل الثامن والعشرون

في دعوى النسب

هذا الفصل يشتمل على أنواع.

الأول: في بيان مراتب النسب:

١٧٢٢٩ - قال أصحابنا رحمهم الله: لثبوت النسب مراتب ثلاثة: أحدها: بالنكاح الصحيح، وما هو في معناه من النكاح الفاسد، والحكم فيه أنه يثبت النسب من غير دعوى، وله أن ينفيه ما لم يقر بنسبه صريحًا، أو يظهر منه ما يكون اعترافًا به من قبول تهنئة أو شراء متاع الولادة، أو تطاول المدة مع العلم بالولادة، أو يقع الاستغناء، أو يقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال متى وجد واحد من هذه الأسباب، لا يملك النفي بعد ذلك، أما إذا أقر بنسب الولد صريحًا؛ لأن الإقرار بنسب الولد إقرار بحقوق مالية نحو النفقة والميراث، وأشباه ذلك اقتضاء، ولو أقر له بهذه الحقوق صريحًا، لا يعمل رجوعه بعد ذلك، فكذلك لو أقر له بذلك اقتضاء، وأما إذا قبل التهنئة فلأن قبول التهنئة إقرار بالولادة دلالة؛ لأنه لو لم يكن الولد منه، ما حل له قبول التهنئة، فدل قبول التهنئة على أن الولد منه.

وأما إذا اشترى متاعًا للولادة، فلأنه أقر بالولد دلالة عادة، فإن العادة أن الإنسان لا يشتري متاعًا للولادة إذا لم يكن الولد منه.

وأما إذا وقع الاستغناء عن نفيه فلأن بعد ما وقع الاستغناء عن نفيه لا يكون في النفي فائدة، والشرع لا يرد(١) بما لا يفيد.

وأما إذا تطاولت المدة فلأن ترك النفي مدة طويلة مع العلم بالولادة دليل الإقرار بالولد ظاهرًا؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يترك النفي مدة طويلة مع العلم بالولادة إذا لم

(١) وفي الأصل: "والشرع لا يرد عما يفيد".

يكن الولد منه، والمرجع في معرفة تطاول تلك المدة العرف والعادة إذا مضى من المدة ما يجيء فيها الولد عادة، ولم ينفه، فليس له أن ينفيه بعد ذلك، هذه رواية أبي حنيفة، وروى عنه رواية أخرى: أنه يفوض ذلك إلى رأي القاضي.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنهما قدرا المدة الطويلة بالأربعين، فبعد الأربعين لا يصح النفي، وأما إذا وقع فيه حكم لا يقبل النقض، بيانه: فيما إذا جنى هذا الولد جناية، وقضى القاضي على عاقلة الأب بالأرش

لا يستطيع نفي هذا الولد؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والبطلان؛ لأنا حكمنا بنسب هذا الولد من الأب؛ لما قضينا بالأرش على عاقلته، والقضاء بالأرش على العاقلة بعد ما صح لا يقبل النقض والإبطال، ومتى صار نسب الولد مقضيًا به بحكم لا يقبل البطلان، لا يصح نفيه بعد ذلك، ولا يمكن قطعه لهذا؛ لأنه لا يمكن قطعه إلا بعد قطع ذلك الحكم، ولا يمكن قطع ذلك الحكم، فامتنع النفي والقطع.

وبيانه في مسألة أخرى روي عن أبي يوسف رحمه الله: رجل جاءت امرأته بولد، فنفاه، ولم يلاعنها حتى قذفها أجنبي بالولد، فحدّ، يثبت النسب، ولا تلاعن بينهما، والمعنى ما ذكرنا، وبعدما وجد النفي، لا ينتفي نسب الولد إلا باللعان، وشرائط جريان اللعان عرفت في كتاب الطلاق.

١٧٤٢٠ - المرتبة الثانية: أم الولد، والحكم فيه أن نسب ولدها يثبت بدون الدعوة إذا كانت بحال يحل للمولى وطؤها، أما إذا كانت لا يحل للمولى وطؤها، لا يثبت النسب من المولى بدون الدعوة، وللمولى أن ينفيه إذا لم تتطاول المدة مع العلم بالولادة، ولا يقر به صريحًا، ولم يقع الاستغناء عن نفيه، ولم يقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال.

وعن هذا قلنا: إذا جنى هذا الولد جناية، وقضى القاضي على عاقلة المولى بالأرش، أو جني عليه، وقضى القاضي بالأرش جناية الأحرار والقصاص، لا يستطيع أن ينفيه المولى بعد ذلك؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال؛ لأن حكمنا بحريته بسبب أن ولده لما قضي على عاقلته بالأرش، إذا كان جانيًا، وقضي له بأرش الأحرار، إن كان مجنيًا عليه، والحرية مما لا تقبل النقض والإبطال، ومتى حكمنا بنسب

المولى منه بحكم لا يقبل النقض والإبطال ، ولا يمكن نفيه ، وقطع نسبه بعد ذلك لا يمكن قطعه إلا بعد نقض ذلك الحكم ، وذلك الحكم لا يقبل النقض .

ولم يذكر في ولد أم الولد ما إذا قبل ، لاشك أنه يكون إقرارًا ، فقد ذكر في عتق الفتاوى : أنه لو هنأ المولى بولد الأمة ، فسكت ، يكون إقرارًا ، فقبول التهنئة أولى أن يكون إقرارًا لتهنئة فيه ، ولو مات هذا الولد ، لا يملك المولى نفيه . أما إذا ترك مالاً فلوجهين : أحدهما : أنه صار محكومًا بكونه مخلوقًا من مائه بحكم لا يقبل البطلان وهو الميراث ، فإنه ورث منه بالولادة ؛ والوراثة منه بالولادة حكم بكونه مخلوقًا من مائه ، والإرث لا يقبل القطع والإبطال .

والثاني : أنه وقع الاستغناء عن نفيه ؛ لأن مقصود المولى من نفيه أن لا يستحق هذا الولد عليه أحكام النسب ، وهو غير مخلوق من مائه ، وقد حصل هذا المقصود للمولى بموت الولد ، أما إذا لم يترك مالاً ، فللوجه الثاني .

١٧٢٣١ - وإذا زوج الرجل أم ولده من رجل ، ومات عنها زوجها ، أو طلقها ، وانقضت عدتها ، ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ انقضت ، فهو ابن المولى ، وله أن ينفيه ما لم يوجد منه أحد الأسباب التي ذكرنا ، وهذا لأنه لما انقضت عدتها ، حلت للمولى ، وعادت فراشًا له ؛ لأن بانقضاء العدة يرتفع النكاح بحقوقه من كل وجه ، وهو المانع من ظهور فراشه ، وإذا ظهر حكم فراش المولى ، صار الحال بعد انقضاء العدة كالحال قبل النكاح ، وقبل النكاح لو أم الولد إذا جاءت بالولد كان ثابت النسب ، وكان للمولى أن ينفيه ما لم يوجد واحد من الأسباب التي ذكرناها ، كذا ههنا .

١٧٢٣٢ - وإذا حرّم المولى أم ولده على نفسه ، أو حلف أن لا يقربها ، فجاءت بولد ، لزمه ما لم ينفه ؛ لأن فراشها لا يبطل بتحريم المولى ، ولا بالإيلاء ؛ ألا ترى أنه لا يبطل فراش النكاح بالتحريم والإيلاء ، فكذا فراش ملك اليمين إلا أن الإيلاء في النكاح يبطل النكاح بعد أربعة أشهر ، والإيلاء في الأمة لا يبطل ملك اليمين ؛ لأن الإيلاء يصير طلاقًا بعد مضي أربعة أشهر في المنكوحة ، ولا يصير طلاقًا في الأمة ، فيبقى يمينًا .

١٧٢٣٣ - ولو وطئها أب المولى ، أو ابن الميت ، فحرمت على المولى ، ثم جاءت بولد بعد ذلك لأكثر من ستة أشهر ، لا يلزمه ، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر ،

يلزمه؛ لأن حرمة المصاهرة يزيل الفراش في ملك النكاح، ففي ملك اليمين أولى؛ لأن فراش ملك النكاح أقوى من فراش ملك اليمين، إلا أنه يزول لا إلى عدة، ثم جاءت بالولد، وكان بمنزلة ما لو زال فراش النكاح قبل الدخول بها لا إلى عدة، ثم جاءت بالولد، وهناك لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، ثبت النسب من الزوج، وإن جاءت به لستة أشهر، لا يثبت النسب منه، كذا هنا.

١٧٢٣٤- وإذا نفى المولى نسب ولد أم الولد، ينتفي نسبه بمجرد النفي، وهذا لأن ثبات النسب يبتني على الفراش، وفراش المنكوحة أقوى وآكد من فراش أم الولد؛ لأن فراش المنكوحة يزول بسبب واحد، وهو الطلاق، ولا يزول بالتمليك من الغير، فإنه لو زوّج منكوحته من غيره، لا يزول فراش الزوج، وفراش أم الولد يزول بسببين: وهو الإعتاق والتمليك من غيره، وما يزول بسببين[1] أضعف مما يزول بسبب واحد، وإذا كان فراش المنكوحة أقوى وآكد، فالنسب الثابت بناء على هذا الفراش يكون أقوى، فلم يجز أن ينتفي بما ينتفي به نسب أم الولد؛ لأنه حينئذ يكون تسوية بين الأقوى والأضعف، وإنه لا يجوز.

وههنا دقيقة يجب حفظها: أنه إنما ينتفي به نسب[2] أم الولد بمجرد النفي إذا لم يحدث العتق في الأم، وسيأتي بعد ذلك هذا في نوع يتعلق بمسائل أم الولد وولد أم الولد إن شاء الله.

١٧٢٣٥- المرتبة الثالثة: الأمة، والحكم فيها أن نسب ولدها بعد الولادة لا يثبت بدون دعوة المولى، ويستوي في ذلك أن يدعي المولى نسب ولدها بعد الولادة، أو يدعي نسبه وهو في بطنها، بأن قال: هذا الحمل الذي في بطن أمتي هذه مني، أو قال: هذا الولد الذي في بطن هذه مني، ولو قال: إن كان في بطن جاريتي هذه غلام فهو مني، وإن كان جارية فهي من فلان، أو قال: فليس مني، فولدت ابنة، ثبت نسبها منه، هكذا ذكر في عتاق عصام.

١٧٢٣٦- وفي "الأصل": رجل له أمة حامل، فقال: إن كان حملها غلاماً، فهو

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: "ويزول ما يكون أضعف".

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولكن الصحيح: "نسب ولد أم الولد".

مني، وإن كان جارية، فهو من فلان، أو قال: فليس مني، فولدت غلامًا وجارية لأقل من ستة أشهر، ثبت نسبهما منه، وكان ينبغي أن لا يثبت؛ لأنه علق الدعوة بشرط الدعوة منه بد، فلا يصح [1]، كما لو علقها بدخول الدار.

بيانه: أنه علق الدعوة بكون الحمل غلامًا، وكون الحمل غلامًا أمر للدعوة منه بد، فإنه لو قال: هذا الحمل مني، كانت دعوته صحيحة، وإن كان الحمل جارية، وكان كون الحمل غلامًا كدخول الدار من هذا الوجه، بخلاف ما لو قال: إن كان بها حمل، فهو مني؛ لأن هذا تعليق الدعوة بما لا بد للدعوة منه؛ لأنه لا بد لدعوة الحمل من وجود الحمل.

والجواب: الدعوة ههنا معلقة بأصل الحمل لا بصفة في الحمل، والتعليق بأصل الحمل صحيح، بيانه: أنه وإن ذكر صفة الحمل، إلا أنا لو اعتبرنا حقيقة الصفة، يبطل التعليق، ولو جعلنا ذكر الصفة عبارة عن الحمل مجازًا، يصح التعليق، ويمكن جعل الصفة مجازًا عن الموصوف لاتصال بينهما، كما يقال: أعطيته جزيلًا، أي: عطاء جزيلًا، فيصير تقدير كلامه إن كان حملها حملًا على الحقيقة، فهو مني، ولو قال بعد ذلك: وإن كان جارية، فليس مني، فتقديره أيضًا: وإن كان حملها حملًا على الحقيقة، فليس مني، فيصح الإقرار، ولا يصح الرجوع بعد ذلك، بخلاف دخول الدار؛ لأن دخول الدار لا يمكن أن يجعل عبارة عن أصل الحمل؛ لأنه لا اتصال بينهما، فبقي الدعوة معلقة بالدخول حقيقة، وهو أمر منه بد لصحة الدعوة، وبخلاف ما إذا قال: إن كان حملك غلامًا، فهو حر، فولدت لأقل من ستة أشهر جارية، حيث لا يعتق الجارية؛ لأن تعليق العتق بالصفة صحيح، فلا ضرورة إلى أن يجعل صفة مجازًا عن أصل الحمل، أما ههنا بخلافه، وإنما يثبت نسبهما مع أنه نفى نسب أحدهما؛ لأنا تيقنا بوجودهما في البطن وقت الدعوة، فدعوة نسب أحدهما، دعوة نسبهما على ما مر، وقد ذكرنا جنس هذه المسائل في كتاب العتق في فصل أم الولد.

١٢٢٣٧ - وفي نوادر بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: في أمة حامل أقر سيدها أنها حامل منه، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر، أو لستة أشهر، فنفاه،

---

(١) هكذا في ظ، وكذا في الأصل وم: فلا يصلح.

قال : لا يكون ابنه ، وتكون أم ولده بإقراره ، وكذلك إن لم تلد ، ولكن أسقطت سقطاً استبان خلقه

١٧٢٣٨ - وفي « المنتقى » عن أبي حنيفة رحمه الله : وإذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج ، وأنزل ، فأخذت الجارية ماءه في شيء ، واستدخلته فرجها في حدثان ذلك ، فعلقت الجارية ، وولدت ولداً ، فإن الولد ولد الرجل ، والجارية تصير أم ولد له ؛ ولو هنّى المولى بولد الأمة ، فسكت ، روي عن محمد رحمه الله : أنه لا يكون اعترافاً ، بخلاف ولد الحرة وولد أم الولد ، ولو قبل المولى التهنئة ، كان اعترافاً .

ومما يتصل بهذا النوع :

١٧٢٣٩ - ب روى إبراهيم عن محمد في رجل يطأ جارية له ، ولم يبوئها بيتاً ، ولم يحصنها[1] ، قال أبو حنيفة رحمه الله : له أن ينفي ولدها ويبيعها ، وأما في قولي فأحب أن يعتق ولدها ، ويستمتع منها ، فإذا مات أعتقها .

وذكر المعلى عن أبي يوسف في رجل له أمة يطؤها ويحصنها ، ولا يعزل عنها ، فجاءت بولد ، لا يسعه أن ينفيه في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولي ، وأحب إليّ أن يدعيه إذا كان يطؤها ولم يحصنها

ومما يتصل بهذا أيضاً :

١٧٢٤٠ - إذا ولدت أمة الرجل ولداً ، فادعت أن مولاها أقر به ، وجحد المولى ذلك ، فأقامت على ذلك شاهدين ، فشهد أحدهما أنه ابنه ولد على فراشه ، وشهد الآخر أن المولى أقر به ، فالقاضي لا يقبل شهادتهما ؛ لأن المشهود به قد اختلف ؛ لأن أحدهما شهد على الولادة ، وإنها فعل ، والآخر شهد على إقرار المولى به ، وإنه قول ، والقول مع الفعل مختلفان

---

(١) وفي الأصل : « ولم يحصها » .

فإن قيل: كيف يعلم أن هذه الولادة وقعت على فراشه؟ قلنا: أصل الولادة يعلمها الشاهد بطريق اليقين بالمعاينة إن اتفق له ذلك، كما في الزنا، أو بالشهرة والتسامع، وكونها على فراشه يعلم شرعًا إن كانت الوالدة منكوحة، أو أم ولده؛ لأن له فراشًا على المنكوحة، وعلى أم الولد شرعًا، وإن كانت الوالدة أمة يعلم بإقرار المولى أنها ولدت منه على فراشه؛ لأن الأمة لا تصير فراشًا للمولى ما لم يقر بالولادة منه.

فإن قيل: إذا كان طريق وقوف الشاهد على ولادة ولد الأمة على فراش المولى إقرار المولى أنها ولدت منه، كانت الشهادة على الولادة على فراشه شهادة على إقرار المولى أنها ولدت منه، فينبغي أن تقبل الشهادة في هذه المسألة؛ لأن شهادة كل واحد منهما قامت على القول.

قلنا: المشهود به شيئان: الولادة والفراش في الأمة، والفراش في الأمة إن كان لا يعلم الشاهد إلا بإقرار المولى، فالولادة يعلمها من غير إقرار المولى بالمعاينة، فشهادتهما على الفراش إن قامت على القول معنى، فشهادتهما على الولادة[1] قد اختلفت، فلا تثبت الولادة بهذه الشهادة، وما لم تثبت الولادة، فالفراش لا يكفي.

وإن اتفق الشاهدان على إقرار المولى أنها ولدت منه، قبلت شهادتهما لاتفاقهما على الإقرار، ويصير الإقرار الثابت بالبينة كالإقرار الثابت عيانًا، وكذلك إذا شهدا على نفس الولادة على فراشه، قبلت شهادتهما؛ لاتفاقهما على نفس الفعل، وهو الولادة.

١٧٢٤٠ - وإذا كان المولى من أهل الذمة، والأمة مسلمة، فشهد شاهدان ذميان أنه أقر أنه ابنه منها، وأنها ولدته على فراشه، فهذا على وجهين. الأول: أن تدعي هي ويجحد المولى، وفي هذا الوجه الشهادة مقبولة، ونسب الولد ثابت منهما، أما من المولى؛ فلأن المولى ذمي، وشهادة الذمي على الذمي مقبولة، وأما منها؛ فإن كانت مسلمة؛ لأنها ادعت أنها صارت أم ولد له، وكانت هذه شهادة ذمي قامت للمسلم على الذمي.

---

(١) وقع في الأصل: فشهادتهما على الولادة على فراشه شهادة على إقرار المولى أنها ولدت منها، إن قامت على القول، فلا يجب أن تقبل الشهادة في هذه المسألة؛ لأن شهادة كل واحد منهما قامت على القول. قلنا: المشهود به على الولادة قد اختلفت إلخ. هذه العبارة مكررة من مواضع شتى.

الوجه الثاني: أن يدعي المولى وجحدت الأمة: وفي هذا الوجه لاتقبل الشهادة؛ لأن هذه شهادة ذمي قامت على المسلم، قال شمس الأئمة رحمه الله: تأويل المسألة على الوجه الثاني أنها تجحد المملوكية للمولى، أما لو أقرت بالمملوكية، فالمولى بمفرد دعوة النسب، ويثبت نسب الولد منه، وتصير الجارية أم ولد له بإقراره، ولا عبرة لتكذيبه.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضاً في معرفة أم الولد:

١٧٢٤٢ - فنقول: أم الولد الجارية التي يستولدها الرجل بملك اليمين، أو استولدها بملك النكاح، ثم اشتراها بعد ذلك، أو ملكها بسبب آخر، أو استولدها بشبهة، ثم اشتراها بعد ذلك، أو ملكها بسبب آخر، وهذا مذهبنا، وقال الشافعي: إذا استولدها بحكم النكاح، ثم اشتراها لا تصير أم ولد له.

وإذا استولدها بالزنا، ثم ملكها: القياس أن تصير أم ولد له، وهو قول زفر، وفي الاستحسان: لا تصير أم ولد له، وهو قول علمائنا الثلاثة، والمسألة تأتي بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وكذلك إذا قال الرجل: تزوجت هذه الجارية، وولدت مني، ولا يعلم ذلك إلا بقوله، وأنكر ذلك المولى الذي هي له، فإذا ملكها الذي أقر بهذا بعد ذلك، تصير أم ولد له عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

١٧٢٤٣ - وإذا أسقطت أمة الرجل سقطاً استبان خلقه، أو بعض خلقه، تصير أم ولد له، وإن لم يستبن شيء من خلقه، لا تصير أم ولد له عندنا، وفي «المنتقى» قال أبو يوسف: إذا أقر الرجل أن جاريته هذه قد أسقطت منه، فهذا إقرار أنها أم ولده، قال: إنما يقع اسم السقط على ما يبين خلقه، أما إذا لم يبن خلقه، لا يسمى سقطاً، وقد ذكرنا هذه المسائل في كتاب العتاق.

نوع آخر

في المسائل التي تتعلق بنفي الولد:

قال محمد رحمه الله: إذا تزوج الرجل امرأة، وجاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها، والزوجان حران مسلمان، فادعى أحدهما أنه ابنه، وكذبه الآخر، فهو ابنه منهما؛ لأن هذا الولد ولد النكاح القائم بينهما؛ لما جاءت لستة أشهر منذ تزوجها، وولد النكاح ثابت النسب من صاحب النكاح، لا ينتفي نسبه إلا باللعان.

وكذلك لو قال الزوج: هذا الولد كان من زوج قبلي، وقالت المرأة: بل هو منك، فهو ولد هذا الزوج؛ لأنه ولد النكاح القائم بينهما، ولا لعان بينهما، ولا حد على الزوج؛ لأنه لم يقذفها بالزنا، إنما نسبها إلى وطء حلال، فلا يوجب حداً ولا لعاناً، ولو قال الزوج: ولدته من الزنا، وكذبته، يلاعن بينهما، ويقطع نسب الولد من الزوج، ويلحق بالأم، وإن صدقته، فهو ابنهما؛ لأن اللعان لا يجري بين المتصادقين.

١٧٢٤٤- وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد، وأقر الزوج بالأول منهما، ونفى الآخر، فهما ابناه، ويلاعن بينهما لقطع النكاح؛ لأنهما لا يتجزآن في حق ثبات النسب، فإذا أقر بأحدهما فكأنه أقر بهما، فإذا نفى الآخر بعد ذلك، فكأنه نفاهما جميعاً.

ولو أقر بهما، ثم نفاهما يتلاعنان لقطع النكاح إن كانا يتلاعنان لقطع النسب، فكذا ههنا، فإن كان نفى الأول منهما، وأقر بالثاني، جلد الحد، وكانا ابنيه؛ لأنه لما نفى الأول، فكأنه نفاهما، فإذا أقر بالآخر فكأنه أقر بهما، ولو نفاهما ثم أقر بهما، لا يلاعن؛ لأنه أكذب نفسه، والملاعن إذا أكذب نفسه يحلد، ولا يلاعن؛ لما نبين بعد هذا إن شاء الله. وإذا امتنع اللعان، يثبت نسبه من الزوج من النسب.

١٧٢٤٥- وإذا تزوج الرجل امرأة، وجاءت بولدين، فنفاهما الزوج، وقضى القاضي باللعان، فمات أحدهما، يعني أحد الولدين قبل اللعان، فهما ابنا الزوج، ويلاعن لقطع النكاح، وإنما كانا ابني الزوج؛ لأنه تعذر قطع نسب الميت منهما باللعان،

فيتعذر قطع نسب الحي تبعًا له، فبقي نسبهما ثابتًا من الزوج.

فإن قيل: أمكن قطع نسب الحي باللعان، فيمكن قطع نسب الميت تبعًا له.

قلنا: اعتبار جانب الحي يوجب قطع نسبهما، واعتبار جانب الميت يوجب ثبوت نسبهما، ووقع الشك في القطع والنسب كان ثابتًا، فلا يقطع بالشك.

وكذلك لو لم يمت واحد من الولدين، ولكن مات الزوج، أو المرأة قبل اللعان، فالولدان ثابتا النسب منهما؛ لأنه تعذر إقامة اللعان بعد موت أحد الزوجين.

وكذلك لو التعنا عند القاضي، إلا أن القاضي لم يفرق بينهما، ولم يلزم الولد أمه، حتى مات الزوج أو المرأة، فالولدان ثابتا النسب منهما؛ لأن بمجرد اللعان لا ينقطع نسب الولد من الزوج، ما لم يقطعه القاضي؛ لأن قطع النسب من جملة اللعان، وإقامة اللعان بعد موت أحد الزوجين متعذر، فكذا قطع النسب الذي هو من جملة اللعان.

١٧٢٤٦- وإذا ولدت امرأة الرجل ولدًا، فنفاه الزوج، ولاعن القاضي بينهما، وفرق بينهما، وألزم الولد أمه، ثم ولدت ولدًا آخر في ذلك البطن، فإن الولدين يلزمان الأب؛ لأن نسب الثاني يثبت من الزوج؛ لأنه لم يوجد فيه نفي، ولا لعان، وثبات نسب الثاني يوجب ثبات النسب الأول.

فإن قيل: هلا اعتبرتم جانب القطع، فقلتم: قطع نسب الأول يوجب قطع نسب الثاني؟ قلنا: اعتبار الثاني في حق النسب أولى من اعتبار الأول في حق القطع؛ لأنا إذا اعتبرنا الثاني في حق ثبات النسب، ويثبت نسب الأول باعتبار الثاني، كان في ذلك إبطال النفي في حق المنفي، وأنه جائز، كما لو أكذب الملاعن نفسه، ولو اعتبرنا الأول في حق القطع، وانقطع نسب الثاني باعتبار الأول، فقد انقطع نسب الحبل باللعان، وقطع نسب الحبل باللعان غير مشروع، فكان اعتبار الثاني في حق إثبات النسب، وفيه إثبات أمر مشروع أولى من اعتبار الأول في حق القطع، وفيه إثبات أمر غير مشروع.

ولو كانت ولدتهما جميعًا، وعلم بأحدهما ونفاه ولاعن، وألزمه القاضي أمه، وفرق بينهما، ثم علم بالآخر، فهما ابناه؛ لأن نسب الذي علم بعد ذلك ثابت من الزوج؛ لأنه لم يوجد في حقه نفي ولا لعان، ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب

الآخر؛ لأنهما لا يختلفان في النسب؛ لكونهما توأمان.

فإن قيل: لم لا يجعل نسب أحدهما باللعان قطعًا في حق الآخر؟ قلنا: اللعان يعتمد النفي في حق الآخر، ولم يوجد من حيث الصريح، لو جعل النفي موجودًا في حق الآخر إنما يجعل موجودًا من حيث المعنى، إلا أن النفي لا يثبت من حيث المعنى، بل يعتمد الصريح، وإذا لم يوجد في حق الآخر نفي صريح، لا يثبت اللعان في حق الآخر، فكان الآخر ثابت النسب لم ينقطع بلعان الأول، وأما اللعان الثاني فمتعذر؛ لأن الزوجية انقطعت بحكم الفرقة بينهما، ولأن الذي انقطع نسبه باللعان يحتمل الثبوت منه بالإكذاب، والذي بقي ثابت النسب منه بعد ما قضى القاضي بينهما بالفرقة، فنسبه لا يحتمل النفي عنه؛ لأن انتفاء نسب ولد النكاح باللعان، واللعان بعد وقوع الفرقة ممتنع، وكان الترجيح لجانب إثبات النسب، ولأن النسب يثبت في موضع الشبهة، ولا ينتفي بمجرد الشبهة، فكان الترجيح لجانب الإثبات.

ولو علم بالثاني قبل أن يفرق القاضي بينهما، فإن القاضي يعيد اللعان بينهما لأجل الثاني، ويقطع نسبهما من الزوج؛ لأن النفي في حق الثاني وجد صريحًا، وإقامة اللعان ممكن، فيعاد اللعان، ويقطع نسب الثاني من الزوج، كما قطع نسب الأول.

١٧٢٤٧ - وإذا أكذب الملاعن نفسه، وادعى نسب الولد بعد ما فرق القاضي بينهما، وألزم الولد أمه إن كان الولد حيًّا، يثبت نسب الولد منه؛ لأنه بالإكذاب بطل اللعان؛ لأن اللعان شهادة، والشهادة تنفسخ برجوع الشهود، وإذا بطل اللعان صار وجوده كعدمه، ولو عدم اللعان كان الولد ثابت النسب من الزوج، فكذا ههنا، ويقام عليه الحد؛ لأنه ملاعن أكذب نفسه، والحكم في مثله الحد، ثم يقام عليه الحد، سواء كانت المرأة حية أو ميتة، إن كانت حية، فلا إشكال؛ لأنه صار قاذفًا حية محصنة، وإن كانت ميتة فلأنه يصير قاذفًا لها بالقذف السابق عند الإكذاب، فيصير قاذفًا لها، وهي ميتة، ومن قذف ميتة كان على القاذف الحد، وهذا إذا كان الولد حيًّا؛ لأن الحي محتاج إلى أن يتشرف بالنسب، ويتعير بعدمه؛ فلذا تصح دعوته.

فإن ترك هذا الولد ولدًا، بنتًا أو ابنًا، فادعاه الملاعن، صحت دعوته؛ لأن الميت إن استغنى عن النسب، فولده محتاج إليه، حتى يتشرف بنسبه من الجانب

من سنتين، أو جاءت بهما لأكثر من سنتين، أو جاءت بهما لأقل من سنتين بيوم، وبالآخر لأكثر من سنتين بيوم، وبدأ محمد في الكتاب بالطلاق الرجعي، فقال: إذا جاءت بولدين لأقل من سنتين من وقت الطلاق، ولم تقر المرأة بانقضاء العدة، فنفى الزوج الولد الأول، ثم ولدت الثاني فهما ابناه؛ لأنهما ولدا النكاح ونسب ولد النكاح لا ينقطع إلا باللعان، واللعان ههنا متعذر.

بيانه: أن المرأة وإن كانت منكوحة له وقت نفي الولد الأول لقيام العدة، إلا أنها لما ولدت الثاني بعد ذلك، فقد انقضت عدتها، وانقضاء العدة في الطلاق الرجعي يقطع النكاح، وانقطاع النكاح بعد النفي يمنع جريان اللعان لقيام الزوجية وقت النفي، والعقد متى انعقد موجبًا للعان لا يوجب الحد بعد ذلك إلا بإكذاب الملاعن نفسه، ولم يوجد الإكذاب ههنا، وإن جاءت بهما لأكثر من سنتين، وقد نفى الأول، فإنه لا يلاعن بينهما لقطع النكاح، وقطع النسب يكون موقوفًا إن نفى الثاني قطع نسبهما منه، وإلا فلا، أما لا تلاعن بينهما لقطع النكاح؛ لأنا تيقنا أن العلوق بالولدين من وطء بعد الطلاق؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين عندنا، فصار الزوج مراجعًا لها، فولادة الولد الثاني حصلت بعد رجعة الزوج، فيكون النكاح قائمًا وقت ولادة الولد الثاني، فهما من أهل اللعان، فيجري اللعان بينهما، وإنما كان قطع النسب موقوفًا على نفي الثاني؛ لأن نفي الأول لا يكون نفيًا للثاني في حق اللعان، فبقي الثاني ثابت النسب، وثبوت نسب أحدهما يوجب ثبوت نسب الآخر، فلهذا توقف قطع النسب على نفي الثاني.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يقطع نسبهما وإن نفى الثاني؛ لأنا حكمنا بكون الولدين مخلوقين من مائه؛ لما حكمنا بالرجعة، وكون الولد مخلوقًا من مائه يمنع قطع النسب باللعان، كما لو كان مقرًا به.

قلنا: اختلفت عبارة المشايخ في الجواب، فعبارة بعضهم أن الحكم بكون الولد مخلوقًا من مائه لو ثبت إنما يثبت إذا ثبت الحكم بالرجعة بوطء الزوج، ولم يحكم بالرجعة بوطء الزوج؛ لأن الرجعة كما تثبت بالوطء تثبت بدواعي الوطء ومقدماته، وهي اللمس عن شهوة.

وعبارة بعضهم وهو الأصح أنا وإن حكمنا بكون الولد مخلوقاً[1] من مائه، فإنما حكمنا به بالرجعة، والرجعة تقبل الإبطال بعد ثبوتها، فإنه لو طلقها ثلاثاً بعد الرجعة تبطل الرجعة، والحكم بكون الولد مخلوقاً من ماء الإنسان إذا كانت بسبب حكم يقبل البطلان، لا يمنع القطع باللعان؛ ألا ترى أن قبل النفي حكمنا بكون الولد مخلوقاً من مائه، ما حكمنا بثبات النسب، ثم لم يمنع ذلك جريان اللعان، وقطعه به لما كان النسب يقبل القطع والإبطال بعد الثبوت.

وإن جاءت بأحدهما لأقل من سنتين بيوم، وجاءت بالآخر لأكثر من سنتين بيوم، ونفى الزوج الأول منهما، فالجواب فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالجواب فيما إذا جاءت بهما لأقل من سنتين بيوم؛ لأنهما يجعلان الثاني تبعاً للأول؛ لأنه لا بد من جعل أحدهما تبعاً للآخر؛ لأنهما خلقا من ماء واحد، فكان جعل اللاحق تبعاً للسابق أولى؛ لأن للسبق أثراً في كثير من الأحكام.

وعند محمد الجواب فيه كالجواب فيما إذا جاءت بهما لأكثر من سنتين؛ لأنه يجعل الأول تبعاً للثاني؛ لأن العلوق بالثاني متيقن أنه بعد الطلاق؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، والعلوق بالأول مشكوك، يجوز أن يكون بعد الطلاق، ويجوز أن يكون قبله، ولا شك بأن جعل المتيقن أصلاً أولى. هذا الذي ذكرنا إذا كان الطلاق رجعياً، فإن كان الطلاق بائناً، فإن جاءت بهما لأقل من سنتين من وقت الطلاق، فهما ابناه؛ لأنهما ولدا النكاح، ولا يقطع نسبهما باللعان لانقطاع الزوجية، وعلى الزوج حد القذف؛ لأنه قذفها وهي أجنبية محصنة، وإن جاءت بهما لأكثر من سنتين لا يثبت نسبهما من الزوج، ولا حد على الزوج، وإن قذفها وهي أجنبية؛ لما أنها في صورة الزانيات؛ لأن في حجرها ولد لم يثبت نسبه من أحد، وإن جاءت بأحدهما لأقل من سنتين بيوم، وجاءت بالآخر لأكثر من سنتين، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف هذا وما لو جاءت بهما [لأقل من سنتين سواء، وعلى قول محمد رحمه الله، هذا وما لو جاءت بهما][2] لأكثر من سنتين سواء.

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في ظ وم: [illegible]

(٢) زيد من ظ.

١٧٢٥٠ - وإذا طلّق الرجل امرأته واحدة بائنة، وقد دخل بها، ثم تزوجها ثانياً، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح الثاني فنفاه، فإنه يلاعن بينهما لقيام النكاح بينهما في الحال، ويفرّق بينهما، والولد ثابت النسب من الأب؛ لأن هذا؛ لأن العلوق به كان في النكاح الأول، والنكاح الأول قد انقطع، والنكاح الذي منه الولد إذا انقطع لا يمكن قطع نسب الولد بعد ذلك باللعان؛ لأن الولد فرع النكاح، ولا يمكن قطع ذلك النكاح الأول باللعان؛ فكذا قطع نسب ولد يكون منه.

وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً، فإنه يلاعن ويقطع نسب الولد؛ لأن علوق هذا الولد من النكاح الثاني؛ لأن الوطء حلال للزوج، فيحال به على أقرب الأوقات، فالنكاح الذي منه هذا الولد قائم، فيجوز قطع نسبه باللعان.

نوع آخر
في نفي ولد المنكوحة إذا كانت أمة:

١٧٢٥١ - وإذا كانت منكوحة الرجل أمة جاءت بولد، فهذا على وجهين.

الأول: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح، وفي هذا الوجه إن ادعاه الزوج، لا يثبت نسبه إلا بتصديق المولى؛ لأن علوق هذا الولد كان في ملك المولى، فيحتاج إلى تصديق المولى لثبات نسبه، كما قبل النكاح، وإن نفاه لا يلزمه؛ لأنه لا يلزمه بدون النفي، ففي النفي أولى.

الوجه الثاني: أن يجيء به لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح، وفي هذا الوجه يثبت نسب الولد منه ادعاه أو لم يدع؛ لأنه ولد النكاح، وإن نفاه لا يلاعن بينهما؛ لأن اللعان لا يجري بين الحر والأمة، ولا ينتفي نسب الولد؛ لأن نسب ولد المنكوحة لا ينتفي إلا باللعان، ولا لعان ههنا، ولا حدّ عليه؛ لأنها ليست بمحصنة.

فإن كان المولى أعتق الأمة، ثم جاءت بولد، فهو على وجهين: الأول: أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، وإنه على وجهين أيضاً: الأول: أن يدعي الزوج الولد، وفي هذا الوجه ثبت نسب الولد من الزوج، اختارت زوجها، أو نفسها

قبل الدعوة، أو بعد الدعوة إن اختارت زوجها، فلأن النكاح قائم وقت العلوق، ووقت الدعوة، وذلك كاف لثبات النسب بدون الدعوة، فمع الدعوة أولى، وإن اختارت نفسها حتى بانت، وكذلك إن اختارت نفسها بعد الدعوة فظاهر، وإن اختارت نفسها قبل الدعوة، فلأن النكاح إن كان منقطعًا وقت الدعوة، فقد كان قائمًا وقت العلوق، وإنه كاف لثبات النسب من غير دعوة، فمع الدعوة أولى.

الوجه الثاني: أن ينفي الزوج الولد، وفي هذا الوجه إن اختارت زوجها، فنسب الولد ثابت منه، ويتلاعنان لقطع النكاح، أما نسب الولد فلأنه ولد النكاح، وإنه تعذر قطعه باللعان؛ لأنهما لم يكونا من أهل اللعان وقت العلوق، وأما التلاعن لقطع النكاح فلأن النكاح قائم وقت النفي، وهما من أهل اللعان وقت النفي، فيتلاعنان لقطع النكاح وإن كانا لا يتلاعنان لقطع النسب، وهو نظير ما لو نفى ولد امرأته بعد ما أقر به، فإنهما يتلاعنان لقطع النكاح، لا لقطع النسب، كذا هنا، وإن اختارت نفسها فإن كان ذلك قبل نفي الولد، ثم نفى الزوج الولد، فنسب الولد ثابت من الزوج، ولا يلاعن؛ لأنه لا نكاح بينهما وقت النفي؛ لأنها بانت باختيارها نفسها قبل النفي، ولا يقام اللعان بعد البينونة، ويجب الحد على الزوج؛ لأنها محصنة وقت القذف، وإن كان اختيارها نفسها بعد النفي قبل إقامة اللعان، فالولد ثابت النسب من الزوج ولا لعان؛ لأنها بانت من زوجها، ولا حد أيضًا؛ لأن القذف انعقد موجبًا للعان؛ لأنها كانت محصنة وقت القذف منكوحة للقاذف، والقذف متى انعقد موجبًا للعان لا يوجب الحدَّ إلا إذا أكذب الملاعن نفسه، ولم يوجد ذلك ههنا.

هذا إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق[1]، فأما إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا من وقت العتق[2]، فإذا ادعى الزوج الولد، فالولد ثابت النسب منه، ولا حدّ، ولا لعان في الوجوه كلها، وإن نفاه، فهو على وجهين: إن اختارت زوجها فهما يتلاعنان، وهل يقطع نسب الولد؟ فيه قياس واستحسان، القياس أن لا يقطع، وفي الاستحسان يقطع على ما مرّ، وإن اختارت نفسها قبل نفي الولد، فإن الولد ثابت

(١) هكذا في ط، وكذا في الأصل وم: العلوق.

(٢) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: العلوق.

النسب من الزوج، ولا لعان؛ لأنه قذفها وهي أجنبية، ولكن يجب الحد؛ لأنها محصنة وقت القذف، وإن اختارت نفسها بعد النفي قبل إقامة اللعان، فالولد ثابت النسب من الزوج، ولا لعان ولا حد؛ لما مر.

١٧٢٥٢ - رجل تحته أمة اشتراها من مولاها، ثم جاءت بالولد، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، فالولد ثابت النسب من الزوج، سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها؛ لأنه ولد النكاح بيقين، وولد النكاح ثابت النسب مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فإن نفاه الزوج في هذه الصورة، فالولد ثابت النسب من الزوج، ولا لعان بينهما، أما لأن المقذوف أمة، أو لأن النكاح قد انفسخ وقت القذف ولا حد أيضاً؛ لأن القذف صادف أمة، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت الشراء، فإن ادعاه الزوج ثبت النسب منه، وإن نفاه لا يثبت النسب منه، سواء كانت مدخولاً بها، أو غير مدخول بها؛ لأنه ولد الأمة.

بيانه: أن العلوق حادث، والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات إلا لضرورة، وذلك بأن يتضمن الحالة على أقرب الأوقات نسبة الزوج إلى ارتكاب الحرام، كما في الطلاق البائن، فإن الوطء بعد الطلاق البائن حرام على الزوج، فيحال بالعلوق على أبعد الأوقات وهو ما قبل النكاح صيانة له عن النسبة إلى الحرام، أو يتضمن خلاف السنة بأن يصير الزوج مراجعاً بالوطء، فيحال بالعلوق على أبعد الأوقات صيانة للزوج عن النسبة إلى مخالفة السنة. وهذه الضرورة معدومة في مسألتنا؛ لأن الوطء حلال للزوج بعد الشراء بملك اليمين، ولا يصير مراجعاً بالوطء بعد الشراء، فيحال بالعلوق على ما بعد الشراء، فهو معنى قولنا: إن هذا ولد الأمة، وولد الأمة لا يثبت نسبه بدون الدعوة، فمع النفي أولى.

١٧٢٥٣ - رجل تحته أمة اشتراها من مولاها، فأعتقها، ثم جاءت بالولد، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، فإن ادعاه يثبت نسبه منه، سواء كانت المرأة مدخولاً بها، أو غير مدخول بها؛ لأنها إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، فهذا ولد النكاح، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الشراء، فهذا ولد أمته، وقد ادعاه، ومن ادعى ولد أمته يثبت

النسب منه ، وإذا ثبت النسب منه صارت الجارية أم ولد له ؛ لأنه ملك جارية له منها ولد وهو ثابت النسب منه

وأما إذا نفاه الزوج إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء لا ينتفي نسبه ، ولا لعان بينهما لانقطاع النكاح ، ويجب حد القذف ؛ لأن القذف محصنة أجنبية من القاذف وقت القذف ، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الشراء ، فإن نسب الولد لا يثبت منه ؛ لأنه ولد أمة ، ما بينا أن العلوق حادث يحال به على أقرب الأوقات ما أمكن . ولا لعان لانقطاع النكاح ، ولا حد على الزوج ؛ لأن في حجرها ولد غير ثابت النسب من أحد ، فكانت في صورة الزانيات .

الوجه الثاني : إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت العتق ، فإن ادعى الزوج نسب الولد ، يثبت نسبه منه ؛ سواء كانت المرأة مدخولا بها ، أو غير مدخول بها ، وإن نفاه ، إن كانت المرأة غير مدخول بها ، لا يثبت نسبه منه عندهم جميعاً ، وإن كانت المرأة مدخولا بها ، ونفاه أو لم ينف ، ولم يدع ، بل سكت اختلفوا فيه ، فقال أبو يوسف رحمه الله : لا يثبت نسبه من الزوج ، ولا يضرب الحد إذا نفى .

وقال محمد رحمه الله : يثبت النسب من الزوج ، ويضرب الحد إذا نفى ، وجه قول محمد : إن هذه معتدة قد ثبت نسب ولدها من صاحب العدة إلى سنتين ، وإنما قلنا : هذه معتدة قد ثبت نسب ولدها من صاحب العدة إلى سنتين ؛ لأن العدة قد وجبت بالفرقة الواقعة بالشراء ، وظهر بالعتق ، حتى لزمها الاتقاء عن محظورات العدة ، وحرم على الزوج ، ولا يحل له أن يتزوج أختها ، وأربع سواها ، بخلاف ما لو لم يعتقها ، وجاءت بالولد لستة أشهر من وقت الشراء ، فإنه لا يثبت نسبه من غير دعوة ؛ لأنا قلنا : معتدة جاءت بولد ، وقبل العتق بعد الشراء لا تظهر العدة في حق المولى ، فإن شيئاً من أحكامها لا يظهر في حق المولى ، فكان بمنزلة المطلقة قبل الدخول بها من هذا الوجه ، وأما أبو يوسف يقول بأن هذا ولد الأمة ، فلا يثبت نسبه بدون الدعوة قياساً على ما لو لم يعتقها .

بيانه : أن العلوق حادث ، فيحال بالحدوث على أقرب الأوقات ما أمكن ، وأمكن إحالته إلى ما بعد الشراء ؛ لأن الوطء حلال للمولى بعد الشراء بملك اليمين ، ولا يصير

المولى بالوطء مراجعًا حتى يصير مخالفًا للسنة بخلاف المطلقة بعد الدخول بها إذا جاءت بولد؛ لأن الوطء حرام على الزوج بعد الفرقة إن كان الطلاق بائنًا، وإن كان رجعيًا يصير الزوج مراجعًا بالوطء، وإنه خلاف السنة، فأحيل به على حال النكاح، فكان ولد منكوحة، وإذا لم يثبت النسب من الزوج عند أبي يوسف لم يجب الحد وإن نفى، لأن في حجرها ولدًا غير ثابت النسب، وعند محمد لما ثبت النسب، ويجب[1] الحد إن نفى، إذ ليس في حجرها ولد غير ثابت النسب من أحد.

الوجه الثالث: إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت العتق، فإن ادعاه الزوج يثبت نسبه منه، وإن نفاه لا يثبت نسبه منه ولا يلاعن، كما في المطلقة، وإذا لم يثبت نسب الولد من النكاح، لا يجب الحد؛ لما ذكرنا.

١٦٢٥٤- رجل تحته أمة اشتراها، ثم باعها من غيره، ثم جاءت بولد بعد البيع، فهذه المسألة على وجوه أيضًا: الأول: أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت شراء الزوج إياها، وفي هذا الوجه يثبت نسبه منه ادعاه أو سكت؛ لأنه ولد النكاح، وولد النكاح ثابت النسب من الزوج ادعاه أو سكت، وإذا ثبت النسب ظهر بطلان بيع الزوج؛ لأنه ظهر أنه باع أم ولده، وولده الحر، فوجب على الزوج رد الثمن، وإن نفاه، لا ينتفي نسبه أيضًا؛ لأن نسب ولد النكاح لا ينقطع إلا باللعان، وتعذر إقامة اللعان ههنا لانقطاع النكاح، ولكون المقذوف أمة.

الوجه الثاني: إذا جاءت بالولد لستة أشهر فقط منذ اشتراها الزوج[2]، فادعاه الزوج فالجواب فيه كالجواب فيما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج؛ لأنها ولدت لستة أشهر منذ اشتراها الزوج، فيكون لأقل من ستة أشهر منذ باعها، ومن باع جارية، وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ باعها، وادعاه البائع، صحت دعوته.

الوجه الثالث: إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج، وإنه

---

(١) وفي م: لا يجب الحد.

(٢) هكذا في ظ، م، وكذا في الأصل: منذ اشتراها الزوج، فيكون لأقل من ستة أشهر، فادعاه الزوج... إلخ.

على وجوه أيضاً: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ بيع الزوج، وادعاه الزوج، يثبت نسب الولد منه من غير تصديق المشتري، ويبطل البيع، كما لو باع أمة لم تكن زوجة له، وجاءت بولد عند المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، وإن نفاه الزوج في هذه الصورة لا يثبت نسبه؛ لأن ولد الأمة وإن لم يدع نسبه، وإذا ثبت النسب بقي البيع على حاله، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت بيع الزوج، وادعاه، فإن كانت امرأة غير مدخول بها، لا يثبت نسبه إلا بتصديق المشتري، كما لو باع أمة لم تكن زوجة له، وجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً إلى سنتين من وقت البيع، وادعاه البائع، وإذا صدقه المشتري حتى ثبت النسب، بطل البيع.

وإن كانت امرأة مدخولاً بها، وباقي المسألة بحالها، كان أبو يوسف يقول أولاً: تصح دعوته من غير تصديق المشتري، وهو قول محمد، ووجه ذلك: أن هذا ولد المعتدة؛ لأن العدة وجبت بالفرقة الواقعة بالشراء، وظهر بالبيع، حتى لا يحل للمشتري أن يقربها ما لم تنقض[1] عدتها، والمعتدة إذا جاءت بولد إلى سنتين، يثبت نسبه من صاحب العدة من غير تصديق ودعوة، كما في المطلقة، وكما لو أعتقها الزوج في هذه الصورة على قول محمد، وإنما شرط محمد رحمه الله الدعوة ههنا لثبات النسب، وإن كان الولد ولد المعتدة لأجل الضرورة؛ لأنا متى لم نشترط الدعوة، وثبت النسب بدون الدعوة ابتداء، لزمنا اشتراط الدعوة انتهاء.

بيانه: أنه متى ثبت النسب بدون الدعوة، ينتقض البيع، وصار كأنه لم يبع، ولو لم يبع، وجاءت بالولد لستة أشهر منذ اشتراها الزوج، لا يثبت النسب إلا بالدعوة، فثبت أنا لو لم نشترط الدعوة ابتداء لشرطناها انتهاء، فشرطناها من الابتداء لهذه الضرورة، بخلاف ما لو أعتقها على أصل محمد رحمه الله؛ لأن هناك لو لم نشترط الدعوة من الابتداء لثبت النسب، لا يلزمنا اشتراطها في الانتهاء؛ لأنها إذا جاءت بالولد بعد العتق، لا ينتقض العتق، وبخلاف ما لو لم تكن امرأة مدخولاً بها؛ لأن هناك بالشراء وقعت الفرقة قبل الدخول من غير عدة، وكان ولد أمة لا ولد معتدة.

ووجه قول أبي يوسف الآخر: إن هذا ولد الأمة؛ لأن العلوق يحال على حالة

---

(1) هكذا في ظ وكان في الأصل وم: ما لم ينقض

اليمين على صاحبه في قصص العتق، فقد جاءت بالولد بعد البيع لستة أشهر، فإذا ادعاه البائع يجب أن لا تصح دعوته من غير تصديق المشتري، كما لو لم تكن الأمة زوجة له.

هذا إذا ادعاه، وإن نفاه لا يثبت نسبه عندهم جميعًا إذ جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت بيع الزوج إن ادعاه الزوج، لا يثبت نسبه إلا بتصديق المشتري عندهم جميعًا، أما عند أبي يوسف الآخر: فلأنها إذا جاءت به إلى سنتين لا يثبت النسب إلا بتصديق المشتري، فههنا أولى، وأما عند محمد فلأنه معتبرها بالمطلقة، والمطلقة إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت الفرقة، لا يثبت النسب من غير دعوة، فههنا كذلك، وإن نفاه لا يثبت النسب عندهم جميعًا.

١٦٢٥٥ - رجل تحته أمة رجل، اشتراها ثم باعها من آخر، فولدت في يد المشتري ولدًا، وأعتق المشتري الولد، ثم ادعاه البائع، وقد كان دخل بها في النكاح، فهذا على وجهين أيضًا: الأول: أن يجيء بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج، وفي هذا الوجه يثبت نسب الولد من الزوج ادعاه الزوج أو لم يدع؛ لأنه ولد النكاح، ويبطل البيع، ويبطل عتق المشتري؛ لأنا تيقنا أنه باع أم ولده، وأن الولد كان حرًا، وإن جاءت به لستة أشهر منذ اشتراها الزوج، لا يثبت منه؛ لأنه ولد الأمة، فلا يصح فيه دعوة البائع بعدما أعتقه المشتري، كما لو لم تكن الأمة زوجة له.

وإن لم يكن المشتري أعتق الولد، ولكن أعتق الأم، فهو على ثلاثة أوجه: الأول: إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها الزوج، وفي هذا الوجه صحت دعوته في حق الأم والولد جميعًا؛ لأنه ولد النكاح، وبذلك ثبت النسب من الزوج، وإن لم يدعه، وظهر أنه باع أم الولد، وظهر بطلان البيع، وظهر بطلان إعتاق المشتري، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا منذ اشتراها الزوج، ولكن لأقل من ستة أشهر منذ باعها، لا يثبت النسب إلا بالدعوة؛ لأنه ولد الأمة، وإذا ادعى صحت دعوته في حق الولد، ولم تصح دعوته في حق الأم، كما لو باع أمة ليست بزوجة له، وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فأعتق المشتري الأم، ثم ادعى البائع الولد، صحت دعوته في حق الولد من غير تصديق المشتري حتى يرد الولد على البائع، ولا يسلم للبائع ما يخص من حصته من الثمن، ولم تصح دعوته في حق الأم حتى لا يرد الأم على

البائع، ويسلم للبائع ما فضل من حصتها من الثمن، كذا ههنا.

وإن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر منذ باعها الزوج، فإنه لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري عند أبي يوسف الآخر، وعند محمد تصح دعوته إلى سنتين من غير تصديق المشتري إذا كانت مدخولا بها لمكان العدة، وهو قول أبي يوسف الأول، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ اشتراها، فسواء جاءت به لأقل من سنتين، أو لأكثر من سنتين منذ باعها الزوج، لا تصح دعوة الزوج إلا بتصديق المشتري، إلا أنه إن جاءت بالولد لسنتين من وقت البيع، وصدقه المشتري، ينتقض البيع، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع، لا ينتقض البيع.

١٧٢٥٦ - وإذا طلق الرجل امرأته الأمة تطليقة بائنة، ثم أعتقت، ثم جاءت بالولد إلى سنتين منذ طلقها، فإنه يلزمه إياه؛ لأنه ولد النكاح؛ لأن العلوق ههنا يحال به على أبعد الأوقات، وهو وقت النكاح؛ لأن الوطء حرام بعد الطلاق، ويضرب الزوج الحد إن نفاه؛ لأنه قذفها وهي محصنة أجنبية من القاذف، وولاء الولد لمولى الأم؛ لأنه معتق قصدي؛ لأن حكمنا بوجوده وقت إعتاق الأم حيث أحلنا العلوق على حالة النكاح، والعتق القصدي لا يتبع أحدا في الولاء، ويكون ولاءه للمعتق، قال عليه الصلاة والسلام: «الولاء لمن أعتق»[1].

ولو مات الأب وقد أعتقت بعده بيوم، وجاءت بالولد إلى سنتين، فالجواب فيه

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" ١/ ١٧٤ حديث (٤٤٤)، باب ذكر البيع والشراء ٢/ ٥٤٣ حديث (١٤٢٢) ٤/ ٧٥٦ حديث (٢٠٤٧)، ومسلم في "صحيحه" ٢/ ١١٤١ في ترجمة الباب ٢/ ١١٤٣ حديث (١٥٠٤) ٢/ ١١٤٤ حديث (١٥٠٤) ٢/ ١١٤٥ حديث (١٥٠٥)، وابن الجارود في "المنتقى" ١/ ٢٤٦ حديث (٩٨٦)، وابن حبان في "صحيحه" ١٠/ ٩٣ حديث (٤٢٧٩)، وأبو عوانة في "مسنده" ٣/ ٢٣٤ حديث (١٧٨٦)، والترمذي في "سننه" ٤/ ٤٣٦ حديث (٢١٢٤) ٤/ ٤٣٧ حديث (١٦٣٤)، والدارمي في "سننه" ٢/ ٢٢٩ حديث (٢٢٨٩)، والبيهقي في "الكبرى" ٨/ ١٣٢ حديث (١٣٥٢٤) ٧/ ٢٢٠ حديث (١٤٠٣٣)، والدارقطني في "سننه" ٣/ ٢٩٤ حديث (١٨٧)، والشافعي في "مسنده" ١/ ٢٠٤، والنسائي في "المجتبى" ٥/ ١٠٧ حديث (٢٦١٤)، وابن ماجه في "سننه" ١/ ٦٧١ حديث (٢٠٧٦)، وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٧/ ٣٠٣ حديث (٣٦٢٨٧)، وعبد الرزاق نحوه في "مصنفه" ٧/ ٢٤٨ حديث (١٣٠٠٦) وغيرها.

والجواب فيما إذا طلقها سواء؛ لأن العدة كما تجب بالطلاق تجب بالموت.

١٧٢٥٧ - وإذا كانت امرأة الرجل أمة، فولدت منه ولداً، فاشتراها الزوج، وأعتقها وتزوجها، ثم ولدت ولداً آخر لستة أشهر فصاعداً منذ تزوجها، فنفاه، لاعن القاضي بينهما، وألزم الولد أمه، أما اللعان فلأنهما من أهل اللعان وقت النفي، وينقطع نسب الولد؛ لأن العلوق يحال به على أقرب الأوقات، وهو ما بعد النكاح، وهما من أهل اللعان في ذلك الوقت، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها أخيراً، أو لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها، يلاعن ويلزم الولد أباه؛ لأنه بالشراء صارت أم ولد له، فإذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح الأخير، علمنا أن العلوق كان سابقاً على هذا النكاح، فكان ولد أم الولد(١)، ونسب ولد أم الولد لا ينتفي بمجرد النفي بعد ما ثبت فيها العتق، واللعان متعذر؛ لأن حالة العلوق لم يكونا من أهل اللعان، ولو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها، لاعن القاضي بينهما، وألزم الولد أمه؛ لأن العلوق كان في حالة النكاح حال ما لا يجري بينهما اللعان، ويضرب الحد إذا كانت أم الولد مسلمة؛ لأنها محصنة، ولو صدقته المرأة أن الولد ليس منه، لم يصدقا على الولد؛ لأن النسب من حق الولد، وقد استحق النسب؛ لأنه ولد النكاح، فلا يصدقان على إبطال حقه - والله أعلم -.

نوع آخر
في المسائل التي تتعلق بأم الولد وولد أم الولد:

١٧٢٥٨ - الجارية إذا كانت بين رجلين، جاءت بولد فادعياه حتى ثبت النسب منهما، ثم جاءت بولد آخر بعد ذلك، لم يثبت نسبه من غير دعوة منهما، وإن كانت الجارية أم ولد لهما، ونسب ولد أم الولد يثبت بدون الدعوة.

والوجه فيه ما ذكرنا أن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بدون الدعوة إذا كانت أم الولد بحال يحل للمولى وطؤها، أما إذا كانت بحال لا يحل للمولى وطؤها، لا يثبت نسب ولدها بدون الدعوة، ألا ترى أنها لو حرمت على المولى بالمصاهرة، أو كاتبها المولى، ثم

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل: مكان أم الولد.

جاءت بولد، لا يثبت النسب من المولى بدون الدعوة، وإن ادعاه أحدهما، ثبت النسب منه، ويضمن لشريكه نصف عقرها، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً عند أبي حنيفة: لأن ولد أم الولد بمنزلة أم الولد، ومالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أعتقها أحد الشريكين لا يضمن لشريكه شيئاً، فكذا مالية ولدها. وعندهما مالية أم الولد متقومة لو أعتقها أحد الشريكين، يضمن لشريكه نصف قيمتها إن كان موسراً. ويسعى في نصف قيمتها إن كان المعتق معسراً، فكذا مالية ولد أم الولد.

١٧٢٥٩- وإذا أعتق الرجل أم ولده، ثم تزوجها، فجاءت بولد، فنفاه المولى. فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها، فإنهما يتلاعنان؛ لأنهما من أهل اللعان وقت القذف، والنكاح بينهما قائم، ويلزم الولد أمه، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الأصل».

قال شمس الأئمة السرخسي: تأويل المسألة إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ أعتقها حتى لا يثبت النسب من المولى باعتبار زوال الفراش إلى عدة، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده أجرى هذه المسألة على إطلاقها من غير تأويل، فقال: العلوق كان في حال كونها أم ولد له، وقد حدث العتق فيها من قبل المولى، ونسب ولد أم الولد لا ينتفي بمجرد النفي بعدما حدث العتق في الأم، وإنما ينتفي بمجرد النفي قبل حصول العتق، فلا ينتفي بمجرد النفي هنا، واللعان متعذر؛ لأنهما لم يكونا من أهل اللعان حال ما حصل العلوق، فإنها كانت أم ولد في تلك الحالة، فإن جاءت بالولد لأكثر من سنتين منذ تزوجها، فإنهما يتلاعنان، ويقطع نسب الولد استحساناً.

١٧٢٦٠- وإذا مات الرجل، وترك امرأة وأم ولد، فأقر الورثة أنها ولدت هذا الغلام من الميت، فإن لم يكن هناك للمقر منازع، ثبت نسب الغلام من الميت، ويرث. ولا يشترط العدد في التقرير، ولا لفظة الشهادة، فإن كان للمقر منازع يشترط العدد باتفاق الروايات، ولا يشترط العدالة باتفاق الروايات، وهل يشترط لفظة الشهادة؟ فيه روايتان.

١٧٢٦١- رجل باع أم ولده من رجل، والمشتري يعلم به، فجاءت بولد، وادعاه المشتري، لا يثبت نسبه منه، وهو ابن البائع؛ لأنه ولد على فراشه؛ لأن أم الولد فراش

المولى، ولا يبطل هذا التعرف بالبيع؛ لأن بيع أم الولد نقض، فإذا نفاه المولى فقد انتفى نسبه من المولى، والمشتري يدعيه، فيثبت نسبه من المشتري، كيلا يبقى بلا أب.

وكذلك إذا لم يعلم المشتري بكونها أم ولد للبائع، كان الجواب كما قلنا، إلا أن في هذه الصورة إذا نفى البائع الولد، يكون الولد حرًا على المشتري بالقيمة؛ لأن المشتري صار مغرورًا فيها بخلاف الوجه الأول، فإن هناك الولد لا يكون حرًا على المشتري إذا نفاه البائع، وإن ثبت النسب من المشتري؛ لأن المشتري هناك لم يصر مغرورًا.

١٧٣٦٢- اشترى جارية وظهر بها الحبل بعد أيام، فخاصم المشتري البائع، فقال البائع: أمسكها، فإن كان في بطنها ولد، فهو مني، فأسقطت هذه الجارية سقطًا مستبين الخلق لأقل من أربعة أشهر منذ قال هذه المقالة، فالولد ثابت النسب من البائع، والجارية أم ولد له؛ لأنه تبين أن الولد كان موجودًا في البطن وقت إقراره، لأن الولد منه، وكان عليه أن يرد على المشتري ما أخذ من الثمن؛ لأنه تبين أن البيع وقع باطلاً.

نوع آخر يتصل بهذا النوع:

١٧٣٦٣- جارية بين اثنين، قال أحدهما: هذه أم ولدي وأم ولدك، أو قال: أم ولدك وأم ولدي، أو قال: أم ولدنا، فإن صدقه صاحبه في ذلك صارت الجارية أم ولد لهما، فرق بين هذا وبينما إذا ولدت ولدًا، فقال أحدهما لصاحبه: هو ابني وابنك، أو قال: هو ابنك وابني، أو قال: ابننا حتى ثبت النسب من المقر، صارت الجارية أم ولد للمقر.

والفرق: أن المقر هناك أقر بنسب الولد مقصودًا، وبأمية الولد تبعًا؛ لما ذكرنا أن أمية الولد تبع لثبات النسب، وحكم التبع يؤخذ من الأصل، فإذا ثبت نسب الولد من المقر خاصة؛ لأنه لا يقبل الشركة والتجزي، صارت الجارية أم ولد للمقر بطريق التبعية أيضًا، أما هنا أقر بأمومية الولد مقصودًا لا تبعًا، فيعتبر حكمها بنفسها، ومن حكم الاستيلاد أنه يقبل الشركة والتجزي إذا وقع جملة، ولهذا قلنا: إذا جاءت الأمة المشتركة بين رجلين بولد، فادعياه حتى يثبت النسب منهما، صارت الجارية أم ولد بينهما، ولو لا

أن الاستيلاد يقبل الشركة والتجزي، لصارت الجارية أم ولد لكل واحد منهما كملاً، ألا ترى أن النسب لما كان لا يتجزأ إذا ثبت النسب منهما، يثبت من كل واحد منهما كملاً، حتى لو مات ورث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وإذا ثبت أن الاستيلاد متجزئ في هذه الصورة، فنقول: المقر أقر أن الاستيلاد وجد منهما، وقد صدقه صاحبه فيه، فكأنهما ادعيا ذلك جميعًا معًا، فلهذا صارت الجارية أم ولد لهما، ولا ضمان لواحد منهما على الآخر، كما لو ادعيا معًا، وإن كذبه صاحبه في ذلك، ضمن المقر لشريكه نصف قيمتها موسرًا كان أو معسرًا، إلا أنه يصير متملكًا نصيب شريكه بزعم شريكه، إن كان لا يصير متملكًا بزعمه؛ لأن في زعمه أن ذلك النصف أم ولد الشريك، وأم ولد الشريك لا يحتمل التملك، ولكن الضمان حق الشريك، فيعتبر التملك في حق الشريك، وقد وجد، وضمن أيضًا نصف العقر لشريكه؛ لأن إقراره بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره، ثم يكون نصف الجارية أم ولد للمقر، ونصفها موقوف بمنزلة أم الولد، وإنما توقف لما قلنا: إنه لما ضمن المقر نصيب الشريك، فقد انعقد سبب الملك له في نصيب الشريك، فصار كأنه اشترى، وأقر بالاستيلاد على البائع، وهو ينكر، وهناك يجب القول بالتوقف، كذا هنا.

توضيحه: أن للشريك حق أن يرجع إلى التصديق، فربما يصدقه ساعة فساعة، فتصير أم ولد بينهما، فلأجل هذا التوهم أثبتنا التوقف. فإن عاد الشريك إلى التصديق، صار أم ولد بينهما، ويرد ما أخذ من[1] الضمان لإقراره أنه أخذ ما أخذ بغير حق، وإن لم يعد إلى التصديق، فنصفها أم ولد للمقر، ونصفها موقوف بمنزلة أم الولد، تخدم المقر يومًا، وتوقف يومًا، وفي بعض النسخ: تكتسب لنفسها يومًا، فإن مات أحدهما، ففي فصل التصديق عتقت أيهما مات، لمعنى واحد، أن نصيب الميت قد عتق بموته، فيتعدى إلى الباقي، ولا سعاية عليها للحي في قول أبي حنيفة؛ لما عُرف من مذهبه أن أم الولد ليست بمال، وعندهما عليها السعاية؛ لأن أم الولد مال عندهما، فقد احتبس عندها نصيب الحي، وهو مال، فيجب عليها السعاية؛ ردًا لما احتبس عندها[1].

وفي فصل التكذيب: كذلك يعتق أيهما مات، ولكن لمعنيين مختلفين، إن مات

---

(١) هكذا في ظا، وكان في الأصل وم "أحدث" (١) وفي م: "احتبس".

المقر عتقت؛ لأن في زعم المنكر أن كلها أم ولد للمقر، وأنها عتقت بموته، وزعمه معتبر في حقه، ولا سعاية عليها للمنكر؛ لأن في زعم المنكر أنها خرجت عن ملكه، فصار كلها أم ولد للمقر، وأنها عتقت بموته، وزعمه معتبر في حقه. وقد أخذ الضمان من المقر، فكيف يأخذ السعاية، وإن مات المنكر عتقت؛ لأن في زعم المقر أن نصفها أم ولد للمنكر، وقد عتق ذلك النصف بموته، فيتعدى إلى الباقي، ولا سعاية عليها للمقر عند أبي حنيفة، خلافًا لهما لما مرّ.

١٧٢٦٤ - رجلان بينهما جارية، جاءت بولد فادعاه أحدهما، ثبت النسب منه، ويحكم بحرية الولد، وصارت الجارية أم ولد، وضمن لشريكه نصف قيمتها، موسرًا كان أو معسرًا، وضمن نصف العقر، وأصل المسألة معروفة، فإن قال المدعي لصاحبه: إن هذه الجارية قد ولدت منك ولدًا، وادعيته قبل أن تلد مني، وصارت أم ولد لك، وصدّقه صاحبه في ذلك، وكذبته الجارية، فإنهما لا يصدقان على الجارية وعلى ولدها، حتى لا يبطل ما ثبت لهما من الحقوق من جهة المدعي، ولا يبطل الضمان عن المدعي؛ لأنا لما جعلناها أم ولد المدعي، فقد كذّبنا المدعي في إقراره، فبطل إقراره، فلهذا لم يبطل عنه الضمان، ولكن يضمن المقر نصف قيمتها أم ولد باعتبار أن صاحبه قد أقر بثبوت الاستيلاد منه قبل هذا، فقد أقر بفوات ذلك الجزء من جهته، فصار مبرئًا(1) للمدعي(2) عن فضل قيمتها قنة على قيمتها مدبرة، من مشايخنا من قال: هذا قولهما، أما على قول أبي حنيفة لا يضمن المقر للمقر له شيئًا؛ لأن أم الولد غير متقوم عنده، وقيل: لا، بل هو قولهم جميعًا؛ لأن أمية الولد من جهة المقر له، لم يثبت في الحكم؛ لأنها أم ولد للمقر في الحكم، فصار متملكًا نصيبه، والتملك لا يكون مجانًا، لكن يضمن قيمتها أم ولد لما قلنا، والأول أشبه وأقرب إلى الصواب؛ لأن إقرار المقر له بالاستيلاد قبل ذلك، أبرأ للمقر عن الضمان أصلًا؛ لأن الاستيلاد يمنع التملك بعد ذلك، ولو وجب الضمان ههنا لوجب بالإتلاف، وإن اكتسبت الجارية اكتسابًا، أو

---

(1) هكذا في ظ، وكذا في الأصل وم: «مبرئًا».

(2) وفي ظ: المدعى.

قلت[1] هي أو ولدها، فذلك كله للمقر؛ لأنها أم ولد المقر، والولد ابن المقر في الحكم، فلهذا قال: كل ذلك للمقر.

ولو قال هذا المدعي للشريك: كنت أعتقتها أنت قبل هذا، وصدّقه الشريك في ذلك، فالأمة تعتق؛ لأن المقر أقر بعتقها، وهو مالك الإقرار بعتقها، ولا ضمان على الواطئ في نصف قيمتها، ولا في نصف عقرها، بخلاف فصل الاستيلاد عندهما.

والفرق: أن الإقرار بالعتق قبل ذلك إقرار ببراءة المقر عن الضمان؛ لأن العتق ينافي ضمانه أصلاً، وهو يملك إنشاء الإبراء، فيصح الإقرار به، أما الإقرار بالاستيلاد ليس بإقرار ببراءته عن الضمان أصلاً؛ لأن الاستيلاد لا ينافي الضمان عندهما، على ما عرف من تلك المسألة، فلهذا افترقا.

١٧٢٦٥ - رجل في يديه أمة، فوطئها، فولدت منه ولداً، فادعى ولدها، ثم قال: كانت هي أم ولد فلان، فزوجنيها، فولدت لي هذا الولد، وصدّقه فلان في ذلك، فإن صدّقتهما الأمة في ذلك، أو كذّبتهما، ولكن رجعت إلى تصديقهما قبل قضاء القاضي بكونها أم ولد للمقر، فهي أم ولد للمقر له[2]، ويكون حكم ولدها كحكمها، فيعتقان إذا مات المقر له؛ لأن تصديقها في حق نفسها صحيح، وكذلك في حق الولد؛ لأنه في يدها، وأنه لا يعبّر عن نفسه، فصار كثوب أو دابة في يديه، فإن كبر الولد بعد ذلك، وكذبها فيما أقرت، لم يلتفت إلى تكذيبه؛ لأن إقرار الجارية قد نفذ عليه حين كان في يديها صغيراً، لا يعبّر عن نفسه، فلا يتغيّر[3] ذلك بصيرورته كبيراً معبراً عن نفسه، كما قلنا في «اللقيط»: إذا ادعى نسب اللقيط، ثم كبر اللقيط، وكذّبه، لا يلتفت إلى تكذيبه، وطريقه ما قلنا.

ولو لم تصدق الجارية المقر، ولم تكذبه حتى ماتت، نصدق المقر والمقر له، حتى كان الولد عبداً للمقر له؛ لأنا إنما كنا لا نصدقهما حال حياة الجارية لحق الجارية، وقد

---

(١) هكذا في ظ و ب، وكان في الأصل وم وف: «قبلت».

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم وف: «للمقر».

(٣) هكذا في ظ وب وم، وكان في الأصل: «فلا يعتبر».

زال حقها، ولا تعتبر بحق الصغير؛ لأنه لا يعبر[1] عن نفسه، وهو في يد المقر، فصار كثوب أو دابة في يده، فيصح إقراره بالملك فيه للمقر، فإن كبر الولد، وأنكر أن يكون عبداً للمقر له، لم يلتفت إلى إنكاره؛ لما قلنا.

وإن كذبتهما الأمة، وأثبتت على ذلك، فالقاضي يجعلها أم ولد للمقر؛ لأن أمية الولد للجارية، ونسب الولد وحريته ثابتة من جهة المقر بناء على الظاهر، فالمقر بقوله: إن الولد من نكاح يريد إبطال ذلك، فلا يصدق عليه، وعلى المقر قيمتها أم ولد للمقر له؛ لأن المقر أقر بكونها أم ولد للمقر له، وقد احتبست عنده بقضاء القاضي قيل هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة: لا ضمان على المقر؛ لأنه لا تقوم لمالية أم الولد عند أبي حنيفة، فلا يضمن بالاحتباس عنده، ولا عقر للمقر له على المقر؛ لأنه ما أقر بالوطء إلا بحكم النكاح، وإنه لا يوجب العقر، وأشار في الكتاب إلى فرق آخر، فقال: إن القاضي لما قضى بكونها أم ولد للمقر، فقد قضى بأن المقر وطئ ملك نفسه، وهذا إشارة إلى أنه لا يلزمه المهر أيضاً، بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن هناك القاضي قضى بكونها أم ولد للمقر بعد أن كانت مشتركة بينهما ظاهراً، وكان ذلك قضاء باستيلاد الجارية المشتركة، وإنه يوجب العقر، أما هنا بخلافه، على ما بينا.

وإن كذبتهما، فلم يقض القاضي بشيء حتى ماتت توقف أمر الولد حتى يكبر بخلاف ما إذا لم تكذبهما، ولم تصدقهما حتى ماتت، فإنه يقضى بولدها للمقر له، والفرق أنها إذا لم تصدقهما، ولم تكذب لم يوجد ما يوجب سقوط اعتبار يد المقر، فإذا ماتت والولد في يد المقر، يعتبر قوله فيه، فأما إذا كذبت المقر، فقد سقط اعتبار يده؛ لأن تكذيبها كتكذيبه، وهو يعبر عن نفسه، فلا يحكم برقه باعتبار يده إلا أنه يحتمل أن يعقل الغلام، فيصدق المقر، والتصديق بعد التكذيب معتبر، فلهذا يوقف أمره، فإن كبر وصدق المقر فيما أقر كان عبداً للمقر له، وأمه أم الولد للمقر له، وإن مضى على التكذيب جعله القاضي حراً من جهة المقر، وأمه أم ولد للمقر، وإن كانت الأم حية، والغلام يعبر عن نفسه، فصدقت الأم المقر، وكذبه الغلام، فالغلام حر، والجارية أم ولد للمقر؛ لأن تكذيب الولد قد صح لكونه من أهله، ومع صحة تكذيب الولد، لا

---

(١) هكذا في الأصل: وف وم، وكان في ظ: "لا يعبر".

نعتبر تصديق الأم؛ لأن الولد أصل في هذا الباب، والأم تبع على ما عرف.

قال: وكذلك إن كذبت الأم المقر، وصدقه الغلام في جميع ما وصفت لك، ولم يفسِّر لذلك تفسيراً، فمن مشايخنا من قال: تفسيره أن تصديق الولد أولى حتى كانا رقيقين للمقر له؛ لأن تصديق الولد قد صح لكونه من أهله، ولا يعتبر تكذيب الأم مع تصديقه؛ لما قلنا.

ومنهم من قال: تفسيره أن تكذيب الأم أولى حتى كان الولد حرّاً، والجارية أم ولد للمقر، كما لو كذب الغلام، ألا ترى إلى قوله في الكتاب، وكذلك لو كذبت الأم المقر، وصدّقه الغلام، وإنما يستقيم ذلك كذلك إذا كان الجواب في الفصلين متحداً، وهذا لأن قول كل واحد منهما صحيح معتبر بانفراده، فعند التعارض ترجح قول من يوجب الحرية على من يوجب إبطالها والله أعلم بالصواب.

نوع آخر
في بيان أنواع دعوة الرجل نسب الولد:

١٦٢٦٦- فنقول: الدعوة في النسب لا تخلو من ثلاثة أوجه: دعوة استيلاد، ودعوة تحرير، ودعوة الأب ولد جارية ابنه، ومن يقوم مقام الأب كأب الأب حال عدم الأب حقيقة أو اعتباراً، أما دعوة الأب ولد جارية ابنه فظاهر، وشرط صحتها أن يكون للأب تأويل ملك في جارية ابنه من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وولاية التملك أيضاً من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأن تكون الجارية محلاً للنقل من ملك إلى ملك، إنما شرطنا أن تكون الجارية محل النقل من ملك إلى ملك؛ لأن الأب يتملك جارية الابن سابقاً على أصل الوطء؛ لما يبيّن بعد هذا، ولا بدّ للتملك من كون المحل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك، وإنما شرطنا أن تكون له ولاية التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة؛ لأن دعوة الأب متى صحت استندت إلى وقت العلوق، وإنما يمكن القول بالاستناد إلى وقت العلوق إذا كان له ولاية التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، أما بدون ذلك فلا إمكان، فلا تصح دعوته.

١٧٢٦٧ - إذا عرفنا هذه الجملة، فنقول: إذا ولدت أمة الرجل ولدًا، وادعى أب الرجل الولد، صحت دعوته، صدّقه الابن في ذلك، أو كذّبه، أما إذا صدقه فظاهر، وأما إذا كذبه فلأن علوق الولد اتصل بتأويل ملك[1]؛ لأن للأب تأويل الملك في مال ولده، قال عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك»[2]، ولهذا لو وطئ جارية ابنه، وقال: علمت أنها حرام عليّ، لا حدّ عليه، ولو اتصل العلوق بحقيقة ملكه، كان مصدقًا في الدعوة، وكان اتصال العلوق بملكه بمنزلة البينة العادلة في إبطال الملك على المالك بغير رضاه، فكذا إذا اتصل العلوق بتأويل الملك، وإذا صحت الدعوة صارت الجارية أم ولد له، وضمن الأب قيمة الجارية؛ لأنه تملك الجارية على الابن؛ لأن الشرع أثبت له ولاية تملك مال الابن عند الحاجة، ولهذا كان له أن يأكل طعام الابن، وأن يلبس ثيابه عند حاجته إلى ذلك، وقد مست الحاجة هاهنا إلى التملك؛ لأنه احتاج إلى إثبات نسب الولد منه بعد ما أعلقها بولده، إلا أن هذه الحاجة دون الحاجة إلى المأكول والملبوس؛ لأن الحياة المتعلقة بالمأكول والملبوس حياة حقيقية والحياة المتعلقة بالولد حياة معنوية، فبوجود أصل الحاجة أثبتنا ولاية التملك، ولانعدام كمالها أثبتنا ولاية التملك بالقيمة؛ لتظهر رتبة هذه الحاجة[3] عن رتبة تلك الحاجة، ولا عقر على الأب عندنا؛ لأن تملكها سابقًا على الوطء.

بيانه: أن التملك باعتبار الحاجة إلى إثبات النسب منه، وثبات النسب وإن كان وقت العلوق، إلا أن الوطء قائم مقام العلوق، فيجب تقديم الملك على الوطء تيسـ

---

(١) وفي الأصل: "ملكه".

(٢) أخرجه أحمد في "مسنده" ٢/١٠٤ حديث (٦٩٠٢)، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٢٢٧٠٠) ٤/٥١٧، ٧/٢٩٤ حديث (٣٦٢١٤)، وعبد الرزاق في "مصنفه" ٩/١٣٠ حديث (١٦٦٢٨)، والشافعي في "مسنده" ١/٢٠٦، وابن ماجه في "سننه" ٢/٧٦٩ حديث (٢٢٩٢)، والطحاوي في "معاني الآثار" ٤/١٥٨، والطبراني في "الأوسط" ٤/٣١ حديث (٣٥٣٤)، والبزار في "مسنده" ١/٤٣٠ حديث (٢٩٤٢)، وأبو يعلى في "مسنده" ١٠/٩٩ حديث (٥٧٣١)، وابن حبان في "صحيحه" ٢/١٤٦ حديث (٤١٠)، والطبراني في "الصغير" ١/٢٣ حديث (٢)، والعجلوني في "كشف الخفاء" ١/٢٣٩ حديث (٦٢٨)، و"الكامل في الضعفاء" لابن عدي ٧/١٦٤ حديث (٢٠٦٩).

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وفي م: "الحياة".

نسب الولد منه، فتبين أنه وطئ ملك نفسه، وليس كما لم يعلقها؛ لأن هناك لم يتملك الجارية؛ لأن ولاية التملك عند الإعلاق باعتبار الحاجة إلى إثبات نسب الولد منه، وقد انعدمت هذه الحاجة إذا لم يعلقها، وليس كالأمة المشتركة بين رجلين إذا استولدها أحدهما هناك؛ لأن الوطء في نصيب الشريك حصل قبل الملك.

بيانه: أن تملك نصيب الشريك هناك وقع بعد الوطء لا قبله؛ لأن التملك قبل الوطء في مسألتنا باعتبار الحاجة إلى إثبات نسب الولد، وثمة نسب الولد ثابت باعتبار ما له من الملك في نصيبه، ألا ترى أن الجارية المشتركة إذا كانت مدبرة، فاستولدها أحدهما، صح استيلاده، وإن لم يتملك نصيب صاحبه، أما هنا مست الحاجة إلى تقديم الملك؛ لأن ما للأب من تأويل الملك في مال الابن، لا يكفي لثبات النسب منه، ألا ترى أنه لو ادعى نسب ولد مدبرة[1] ابنه، لا يصح إلا بتصديق الابن.

وروى بشر: أن آخر ما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله: إن الجارية لا تصير أم ولد للأب، ولكن الولد حر بالقيمة بمنزلة الولد المغرور، فيغرم الأب عقرها، وقيمة ولدها، وقاسه على ما إذا ادعى ولد جارية مكاتبه، فإنه لا تصير الجارية أم ولد له، فأما ليس للأب في مال الابن حق الملك، ألا ترى أنه يجوز للابن وطؤها، فلا يمكن إثبات النسب من الأب إلا بتقديم الملك له في الجارية، وإذا قدمنا الملك في الجارية صار الأب مستولدًا في ملكه، فتصير الجارية أم ولد له لهذا.

١٧٢٦٨ - وإذا اشترى الرجل أمة حاملا، وولدت عنده بعد الشراء بيوم، فادعى أب المشتري الولد، لا يصح دعوته إلا بتصديق الابن؛ لأن العلوق لم تكن متصلا لا بملكه، ولا بتأويل ملكه، ولابد من أحدهما[2] لصحة الدعوى من غير تصديق المالك، وكذلك المدبرة تكون عند الرجل، فتلد ولدًا، فإنه لا تصح دعوة الأب إلا بتصديق الابن؛ لأن تدبير الجارية يمنع صحة الدعوة، والعلوق متصل بتأويل الملك، وإذا لم تصح الدعوة في حق الجارية لا تصح في حق الولد

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن دعوة الأب في ولد مدبرة الابن صحيحة

---

(١) هكذا في ظ وب، وكذا في الأصل وم: من بد ابنه.

(٢) وفي ظ: لأحدهما

يثبت نسب الولد منه ، ويضمن عقرها ، وقيمة الولد مدبرًا ، وهذا على الأصل الذي ذكرنا لأبي يوسف رحمه الله أنه لا يتملك الجارية ، ويكون بمنزلة المغرور في دعوة النسب ، وفي هذا القنة والمدبَّرة سواء ، إلا أنه يضمن قيمته مدبرًا ؛ لأنه كما انفصل من أمه انفصل مدبرًا ، فإنما يضمن قيمته على الوجه الذي تثبت مدعوته ، وفرق على هذه الرواية بين ولد المدبرة وبين ولد أم الولد ، والفرق : أن ولد أم الولد ثابت النسب من مولاها ، فيمنع ذلك صحة دعوة الأب ، فأما ولد المدبرة غير ثابت النسب من مولاه ، فتصح دعوى الأب فيه .

وكذا إذا ادعى ولد مكاتبة ابنه ، لا تصح دعوته إلا بتصديق الابن ؛ لأن دعوة الأب إنما تصح إذا كانت الجارية محل التملك ؛ لأنه إنما تصح دعوته بتملك الجارية سابقًا على الاستيلاد ، والمكاتبة ليست محل التملك ، ثم يستوي في هذه الصورة إن ولدته وهي مكاتبة ، أو كانت الكتابة بعد الولادة .

وكذلك هذا في دعوة[1] : إما أن كاتب الأم والولد جميعًا ، أو كاتب الولد خاصة ، وفي هذين الوجهين لا تصح دعوة الأب ؛ لأن الولد هو المقصود ، وقد ثبت في الولد من جهة الابن ما يمنع نقله إلى الأب ، فلهذا لا تصح دعوة الأب ، وإن كاتب الأم بعد ما ولدت خاصة ، ثم ادعى الأب نسب الولد ، قال في موضع من كتاب الدعوى : لا تصح دعوته ، وقال في موضع آخر : تصح دعوته ، ويثبت نسب الولد ، ولا يصدق في حق أمه ، قيل : ما ذكر أنه تصح دعوته قول أبي يوسف رحمه الله ، وما ذكر أنه لا تصح دعوته قول محمد رحمه الله نص على الخلاف ، على ما ذكر أنه تصح دعوته قول أبي يوسف رحمه الله ، وما ذكر أنه لا تصح دعوته قول محمد رحمه الله ، نص على الخلاف على هذا الوجه ، وما إذا باع الابن الأم بعد الولادة ، ثم ادعى أبوه نسب الولد على قول أبي يوسف رحمه الله ، تصح دعوته ، ويثبت نسب الولد ، وعلى قول محمد رحمه الله ، لا تصح دعوته ، ولا يثبت نسب الولد ، ويأتي مسألة البيع بعد هذا إن شاء الله .

١٧٢٦٩ - ويستوي في دعوة الرجل ولد جارية الابن أن تكون الجارية موضوعة

(١) وفي ب : وحده .

الابن ، أو لم يكن ؛ لأن المعلوق قد حصل بتأويل ملكه في الحالين ، والجارية محل التملك ، وإن كان لايحل للأب وطؤها ، كما لو كانت محرمة عليه[1] ، وإذا قال الأب : زنيت على جارية ابني ، وأنا أعلم أنها علي حرام ، يصح دعوته ، ويثبت نسب الولد ، كما لو لم يقل ، وأنا أعلم أنها حرام علي ؛ لأن الوطء في الحالين حصل بتأويل ملكه .

١٧٢٧٠ - وإذا ادعى ولد جارية ابنه ، وضمن قيمتها للابن ، ثم استحقها رجل ، فإن للمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها ، وقيمة الولد من الأب ، أما أخذ الجارية والعقر فظاهر ، وأما أخذ قيمة الولد ؛ لأن الأب في معنى المغرور ؛ لأنه تملك الجارية على الولد بعوض ، وهو القيمة ، فصار في معنى المشتري ، والمشتري مغرور في ولد الجارية عند الاستحقاق ، فكذا هيهنا ، ثم يرجع الأب على الابن بما أخذ منه من قيمة الجارية ؛ لأنه تبين أنه لم يتملكها على الابن ، وأن الابن ما أخذ بغير حق .

١٧٢٧١ - وإذا ولدت أمة الرجل ولدًا ، وادعى المولى ، وأبوه الولد معًا ، صح دعوة الابن ، ولا تصح دعوة الأب ؛ لأن دعوة الابن سابقة معنى ، فيعتبر بما لو كانت سابقة حقيقة .

بيانه : أن دعوة الابن توجب ثبات النسب منه بلا واسطة ، ودعوة الأب لا توجب ثبات النسب منه إلا بواسطة التملك ، فحال ما يتملكها الأب يثبت نسب الابن ، فيكون ثبات النسب من الابن سابقًا على دعوة أبيه من هذا الوجه ، ولو كانت دعوة الابن سابقة على دعوة الأب حقيقة ، لا تصح دعوة الأب ، فههنا كذلك .

١٧٢٧٢ - وإذا حملت جارية الرجل في ملكه ، وولدت ولدًا ، فادعاه الجد ، والوالد حي حقيقة ، ومعتبرًا بأن كان الولد حرًا مسلمًا ، فدعوة الجد باطلة ، لانعدام شرط صحة الدعوة ، فإن شرط صحة دعوة الجد ولد جارية حافده ، أن تكون له تأويل ملك في جارية حافده من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، وأن يكون له ولاية تملك الجارية لحاجة الاستيلاد وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، فإن الجد يقوم مقام الأب ، وشرط صحة دعوة الأب ولد جارية ابنه ما ذكرنا من الأمرين ، فكذا شرط صحة دعوة

---

(1) هكذا في ط ، وكذا في الأصل وب وم : يحل له

الجد ولد جارية حافده.

إذا ثبت هذا فنقول: حال قيام الأب حقيقة واعتبارًا، إن كان للجد تأويل الملك في مال حافده حتى قلنا: إن الجدّ إذا وطئ جارية حافده حال قيام الأب حقيقة واعتبارًا، لا يجب الحد على الجدّ، كما لا يجب على الأب، فليس له ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد، إنما يثبت لمن كان له ولاية التصرف في المال إذا كان صاحب المال صغيرًا، كما في الأب؛ لأن الولايات إنما تثبت في حالة الصغر غير أن الثابت للأب في حالة الصغر ولاية التصرف لحاجة الصغير، وولاية التملك بالاستيلاد لحاجة نفسه، وهي الحاجة إلى صيانة مائه عن الضياع، وصيانة نفسه عن الزنا، فما ثبت من الولاية لحاجة الصغير تزول ببلوغه عن عقل، وما ثبت من الولاية لحاجة نفسه، تبقى بعد البلوغ بطريق ثبوت الولاية للأب في تملك جارية الابن لحاجة الاستيلاد.

وما ذكرنا إذا ثبت هذا، فنقول: مادام الأب حيًا حقيقة واعتبارًا، فليس للجد ولاية التصرّف في مال حافده، وإن كان صغيرًا، فلا يثبت له تملك جارية حافده لحاجة الاستيلاد، فلو صحت دعوته لصحت دعوته باعتبار مجرد تأويل الملك، ولا وجه إليه؛ لما ذكرنا أن دعوة الأب صحت باعتبار تأويل الملك، وباعتبار ولاية التملك لحاجة الاستيلاد، ففي الجد يجب أن يكون كذلك.

فإن كان الأب نصرانيًا، والجد والحافد مسلمين، أو كان الأب عبدًا أو مكاتبًا، والجد والحافد حرّين، صحت دعوة الجد؛ لأن للجد ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد في هذه الصورة؛ لأن الأب في حكم الميت في هذه الصورة، ألا ترى أنه يزول ولايته عن المال بالكفر والرق، كما يزول بالموت، ولو مات الأب حقيقة يثبت للجد ولاية تملك مال حافده لحاجة الاستيلاد، وتصح دعوته ولد جارية حافده، كذا ههنا، والدليل عليه أن زوال ولاية الأب بالكفر والرق يعتبر بزوال ولايته بالموت في حق الجد في ثبوت ولاية التصرف في مال الصغير، وفي حق تملك مال الصغير بالنفقة وبالبيع، حتى لو باع مال حافده من نفسه يجوز، فكذا في حق التملك لحاجة الاستيلاد.

ولو كان الأب مرتدًا، والجد والحافد مسلمان، فدعوة الجد موقوفة عند أبي

حنيفة إن أسلم الأب ، بطلت دعوته ، وإن مات ، أو قتل على الردة ، صحت دعوته ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد : دعوة الجد باطلة ، وهذا لأن دعوة الجد صحة وبطلاناً تبتنى على ولاية الأب زوالاً وبقاء ، وولاية الأب موقوفة عند أبي حنيفة ، فكذا دعوة الجد موقوفة ، وعندهما : ولاية الأب باقية بلا توقف ، فدعوة الجد يكون باطلاً بلا توقف أيضاً .

فإن قيل : على قولهما ، يجب أن يتوقف دعوة الجد أيضاً ؛ لأن التملك بالاستيلاد تصرف في مال الابن ، وولاية المرتد في مال ولده موقوفة عند الكل ، نص عليه محمد في كتاب الوكالة ، إنما الخلاف فيما يتصرف المرتد في مال نفسه ، فتكون دعوة الجد موقوفة ضرورة .

والجواب عن هذا أن يقال : بأن ولاية التملك بالاستيلاد نظير ولايته على نفسه ؛ لأنها إنما تثبت حقاً له ، ولهذا لا يزول بالبلوغ عن عقل ، وكان نظير الولاية في ماله ، لا في مال الابن ، وفي توقف ولايته في ماله اختلاف ، وكان بطلان دعوة الجد عندهما صحيح .

ولو كانوا جميعاً أحراراً مسلمين ، ثم مات الأب والجارية حامل ، فوضعت حملها لأقل من ستة أشهر منذ مات الأب ، فادعاه الجد ، لم تصح دعوته ؛ لما ذكرنا أن من شرط صحة دعوة الجد قيام ولاية التملك له من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، وقد انعدمت ولاية الملك للجد وقت العلوق حقيقة واعتباراً ؛ لكون الأب حيّاً وقت العلوق حقيقة .

استشهد في الكتاب ، فقال : ألا ترى أن رجلاً لو اشترى جارية حاملاً ، فوضعت عنده لستة أشهر ، فادعاه والد المشتري ، لم تصح دعوته ؛ لانعدام ولاية التملك له وقت العلوق لكونها زائلاً عن ملك الابن ، أورد هذا البيان أن شرط صحة دعوة الجد قيام ولاية التملك له من وقت العلوق إلى وقت الدعوة .

وكذلك لو كان الأب نصرانياً ، والجد والحفدة مسلمين ، ثم أسلم الأب والجارية حامل ، فوضعت حملها لأقل من ستة أشهر ، كانت دعوة الجد باطلة ؛ لانعدام ولاية التملك حالة الدعوة بإسلام الأب ، وكذلك لو كان الولد مكاتباً ، وأدى بدل الكتابة ،

فعتق قبل دعوة الجد، أو كان عبداً، فأعتق قبل دعوة الجد، كانت دعوة الجد باطلاً لانعدام ولاية التملك له وقت الدعوة.

١٧٢٧٣ - قال محمد رحمه الله: إذا كان للرجل جارية حبلت في ملكه، وللرجل والد معتوه، وله جد حرٌّ مسلم، فولدت الجارية ولداً، فادعاه الجد، فدعوته جائزة؛ لأن الأب جعل كالمعدوم بسبب العته لعجزه عن التصرف، وظهر ولاية الجد، وصحت دعوته، وإن لم يدّع الولد الجد بعد ما أفاق الأب، وإنما ادعاه الأب بعد ما أفاق، القياس أن لا تصح دعوته، وفي الاستحسان: تصح دعوته.

وجه القياس في ذلك ما مرّ أن شرط صحة دعوة الأب قيام حق التملك وقت الدعوة، وههنا لم يكن للأب ولاية التملك وقت الدعوة لكونه معتوهاً، فانعدم شرط صحة الدعوة.

وجه الاستحسان في ذلك: أن الولاية كانت قائمة وقت العلوق، فإن العته لا ينافي الولاية، ولهذا يستوجب نفقته على ولده، والإرث طريقه طريق الولاية، ولهذا تبقى الولاية كالرق، واختلاف الدين يمنع الإرث، وكان من هذا الوجه بمنزلة المعتق، إلا أنه بمنزلة العبد من وجه؛ لأنه عاجز عن التملك، كما أن العبد عاجز إلا أنّ عجز المعتوه لفساد عبارته، وعجز العبد لكونه غير أهل لملك المال، أما فيما يرجع إلى العجز فهما سواء، ولو كان بمنزلة المعتق من كل وجه، بأن كان له ولاية التملك، ويكون قادراً على التملك صحت دعوته، ولا تصح دعوة الجد، ولو كان بمنزلة العبد من كل وجه بأن لم يكن من أهل التملك أصلاً، لا يصح دعوته، ويصح دعوة الجد، فإذا كان بينهما فمن حيث إنه معتوه، تصح دعوته بعد إفاقته، وإن كان علوق الولد قبل إفاقته، ومن حيث إنه بمنزلة العبد، صحت دعوة الجد قبل إفاقته، توفيراً على الشبهين حظهما.

وجه آخر للاستحسان: أن العته والجنون إنما ينافي الأهلية، والولاية في كل باب إذا كان مستغرقاً مدة ذلك الحكم، فأمّا إذا لم يستغرقه فهو ملحق بالنوم والإغماء، ألا ترى أنه لا يعمل في الزكاة حتى يستغرق الحول، ولا يمنع الصوم حتى يستغرق الشهر، ولا يمنع الصلاة حتى يزيد على خمس صلوات، وههنا مدة هذا الحكم من حين البلوغ إلى حين الدعوة، ولم يوجد امتداد العته في هذه المدة، فصار ذلك بمنزلة النوم.

١٧٢٧٤- جئنا إلى بيان دعوة الاستيلاد، فنقول: دعوة الاستيلاد أن يكون ابتداء العلوق في ملك المدعي، وشرط صحتها في المحل قيام الملك وقت العلوق، وأما قيام الملك في المحل وقت الدعوة، ليس بشرط لصحة الدعوة عند علمائنا الثلاثة حتى إن من باع جارية، وولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فادعى البائع الولد، صحت دعوته استحسانًا؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٧٢٧٥- جئنا إلى بيان دعوة التحرير: فنقول: دعوة التحرير أن لا يكون العلوق في ملك المدعي، وشرط صحتها قيام الملك للمدعي في المحل وقت الدعوة.

١٧٢٧٦- جئنا إلى المسائل، قال محمد رحمه الله في "الأصل": وإذا باع الرجل جارية من غيره، وولدت عند المشتري ولدًا، فادعاه البائع، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، وقد علم ذلك، والحكم فيه أنه إذا ادعاه البائع صحت دعوته، صدقه المشتري أو كذبه حتى ثبت نسب الولد منه، وصارت الجارية أم ولد له، وانتقض البيع، ويرد الثمن على المشتري إن كان نقد الثمن، وهذا استحسان، أخذ به علماؤنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ والقياس أن لا تصح دعوة البائع إذا أكذبه المشتري، وبه أخذ زفر رحمه الله، وجه القياس في ذلك أن البائع في الدعوة متناقض ساع في نقض ما تم به، وهو البيع، فلا يقبل قوله، كما لو قال: كنت أعتقتها أو دبرتها قبل البيع.

بيانه: أن إقدامه على البيع إقرار منه أنها ليست بأم ولد له، فيصير بدعوى أمية الولد بعد ذلك متناقضًا. وجه الاستحسان في ذلك أنا تيقنا بحصول العلوق في ملك البائع؛ لأن أدنى مدة الحبل ستة أشهر، فإذا جاءت بالولد لأقل من ذلك، وقد تيقنا بحصول العلوق في البيع، واتصال العلوق بملك الإنسان نزل منزلة البينة في إبطال حق الغير عليها، ألا ترى أن جارية المريض إذا جاءت بولد في ملكه، وادعى نسبه ينزل ذلك منزلة البينة في حق إبطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها، وهذا لأن بحصول العلوق في ملكه ثبت له حق استحقاق النسب بالدعوة، وذلك لا يحتمل الإبطال، فلا يبطل بالبيع.

ومن تقول: بأنه متناقض، قلنا: نعم، ولكن طريقه طريق الخفاء، فإن الإنسان قد

لا يجيء بعلوق أصلاً، ولا يعلم أن العلوق منه، ثم يعلم بعد ذلك، والتناقض في هذا عفو، ومثل هذا الخفاء لا يمكن تصويره في دعوى الإعتاق والتدبير. فإن ادعى المشتري الولد بعد ذلك، فعلى طريق الاستحسان لما صحت دعوة البائع، لا تصح دعوة المشتري؛ وعلى طريق القياس لما لم تصح دعوة البائع، لا تصح دعوة المشتري.

هذا الذي ذكرنا إذا ادعاه البائع وحده، وإن ادعاه المشتري وحده، صحت دعوته أيضاً، وثبت النسب منه، وصارت الجارية أم ولد له، وكانت دعوة المشتري دعوة تحرير؛ لأن العلوق لم يتصل بملكه حتى كان للمشتري ولاية من تولده كما لو أعتقه المشتري. والمشتري يصح منه تحرير الولد؛ لأنه ملكه، فيصح منه التحرير أيضاً، وإذا صحت دعوة المشتري، وثبت النسب منه، يحمل أمره على جهة يثبت به النسب من نكاح جائز أو فاسد، لا على وجه الزنا.

وإذا صحت دعوة المشتري لا تصح دعوة البائع بعد ذلك؛ لأنه ثبت فيه حقيقة النسب، وإنه أقوى من حق استحقاق النسب، فيبطل به ما كان للبائع من حق استحقاق النسب ضرورة.

وإن ادعياه جميعاً، يعني البائع والمشتري، فإن سبق أحدهما صاحبه في الدعوة، فدعوته أولى؛ وإن خرج الكلامان معاً، فدعوة البائع أولى عندنا؛ لأنه سابق معنى؛ لأن دعوته دعوة استيلاد، وإنه يستند إلى وقت العلوق، ودعوة المشتري دعوة تحرير، وإنها تقتصر على الحال، فهو معنى قولنا: إن دعوة البائع سابق معنى.

الوجه الثاني: إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً فيما بينها وبين سنتين من وقت البيع، وقد علم ذلك، فإن ادعى البائع نسب الولد وحده، لا يصح دعوته إلا بتصديق المشتري؛ لأن البائع في هذه الصورة علوق الولد في ملكه وأجنبي آخر سواء، ولو أن أجنبياً آخر ادعى نسب هذا الولد، لا يصح دعوته إلا بتصديق المشتري، فههنا كذلك، إلا أن الفرق بين البائع والأجنبي إذا ادعى وصدقه المشتري حتى يثبت النسب من الأجنبي يبقى الولد عبداً(1) للمشتري، ولا تصير الجارية أم ولد الأجنبي، وإذا ادعاه البائع وصدقه المشتري، حتى ثبت النسب منه، لأنه أم ولد للبائع؛ لأن في فصل

---

(1) في ط: عبد.

المشتري بتصادقهما أن الولد ثابت النسب من البائع ثبت علوق الولد في ملكه ؛ لأن احتمال حصول العلوق في ملكه ثابت ، وقد تصادقا عليه ، والحق لهما لا يعدوهما ، فثبت علوق الولد في ملكه .

وإن ادعاه المشتري وحده ، صحت دعوته ، ويجب أن تكون دعوته دعوة استيلاد ، حتى كان الولد حر الأصل ، ولا يكون للمشتري عليه ولاء ؛ لأنه يزعم أن العلوق حصل في ملكه ، وأمكن تصديقه ؛ لأن هذه مدة تصلح لحدوث الولد فيها ، وإن ادعياه وخرج الكلامان معًا ، أو أحدهما أسبق ، فدعوة المشتري أولى على كل حال ، كما لو كان المدعي مع المشتري أجنبيًا

والوجه الثالث : إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت البيع ، وقد علم القاضي ذلك ، فإن ادعاه البائع ، لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري ، وإذا صدقه المشتري حتى صحت دعوته ، ثبت النسب من البائع ، ويكون الولد عبدًا للمشتري ، ولا تصير الجارية أم ولد ؛ لأنهما تصادقا على ثبات النسب من البائع ، أما ما تصادقا على كون العلوق في ملكه ؛ لأن هذه مدة لا تحتمل بقاء الولد في البطن ، فيكون حادثًا بعد زوال ملك البائع لا محالة ، بخلاف الوجه الثاني .

وإن ادعياه وخرج الكلامان معًا ، أو سبق أحدهما صاحبه ، صحت دعوة المشتري ، ولا تصح دعوة البائع .

هذا الذي ذكرنا إذا علم المدة من وقت البيع إلى وقت الولادة . فأما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، أو لستة أشهر فصاعدًا إلى سنتين أو لأكثر من سنتين من وقت البيع ، فإن ادعاه البائع لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري ؛ لأنه لم نتيقن بكون العلوق في ملكه .

وإن ادعاه المشتري ، تصح دعوته ؛ لأن أكثر ما في الباب أنا لم نتيقن بعلوق الولد في ملكه ؛ لكن ذلك لا يمنع صحة دعوة المشتري ، كما لو جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ، وإن ادعياه جميعًا ، وخرج الكلامان معًا ، لم تصح دعوة واحد منهما ، ويكون الولد عبدًا للمشتري ؛ لأنه وقع الشك في ثبوت النسب من كل واحد إذ كان لأقل من ستة أشهر ، لا يثبت من المشتري ، ويثبت من البائع ، وإن كان لستة أشهر ،

المشتري الأم في هذه الصورة إذا ادعى البائع نسب الولد حتى ثبت نسب الولد منه، صارت الجارية أم ولد له حكمًا لثبات نسب الولد منه. والجواب صيرورة الجارية أم ولد للمدعي من أحكام ثبوت النسب، وليس من ضروراته بحيث لا ينفك النسب عنه، بل يجوز الانفكاك عنه بحال، ألا ترى أن ولد المغرور حر ثابت النسب من المستولد، وأنه لا يكون أم ولد له.

إذا ثبت هذا فنقول: صيرورة الجارية أم ولد للمدعي لو لم يكن من ضرورات ثبوت نسب الولد منه، ولا من أحكامه تصير[1] الجارية أم ولد للبائع ادعى البائع الولد قبل إعتاق المشتري عملا بكونه من أحكامه، ولم يجعلها أم ولد البائع إذا ادعاها بعد إعتاق المشتري؛ لأنه ليس من ضروراته عملا بالشبهين بقدر الإمكان، وإذا صحت دعوة البائع في حق الولد دون الأم، ذكر أن الثمن ينقسم على الجارية وعلى الولد على قدر قيمتهما، فما أصاب الولد يجب على البائع رده؛ لأنه لم يسلم الولد للمشتري، فلا يسلم للبائع بدله، وما أصاب قيمة الأم يمسكه البائع؛ لأن الأم سلم للمشتري، فيسلم للبائع بدلها، فقد جعل للولد حصة من الثمن، وكان ينبغي أن لا يكون له حصة من الثمن؛ لأنه حدث بعد قبض المشتري.

والجواب: الولد من حيث الصورة حدث بعد قبض المشتري، أما من حيث الحكم فهو حادث قبل قبض المشتري؛ لأنه حدث في حال للبائع فسخ العقد، فإن للبائع فسخ هذا البيع بالدعوة، وإن قبضه المشتري، كما لو فسخ هذا البيع قبل القبض بالاستهلاك، وإذا كان الولد حادثًا قبل القبض معنى، صار له حصة من الثمن متى استهلكه البائع[2] بالدعوة، فلهذا صار له حصة من الثمن

وكذلك الجواب فيما إذا كان دبرها؛ لأن بالتدبير يثبت حق العتق، فيعتبر بحقيقة العتق، ألا ترى أن في الولد استوى العتق والتدبير حتى لم يصح دعوة البائع الولد بعد تدبيره، كما لم يصح دعوته بعد[3] إعتاقه.

(١) هكذا في ظ، وكذا في ف وم: "لا تصير".

(٢) هكذا في ... وكذا في الأصل وب وم: "المشتري".

(٣) هكذا في ظ، وكذا في الأصل وب وم: "قبل".

ولم يكن شيء من ذلك، ولكنها ماتت عند المشتري، ثم ادعى البائع الولد، فعلى قول أبي حنيفة: تصح دعوته في حق الولد والأم جميعًا، حتى يجب على البائع رد جميع الثمن على المشتري، كما لو كانت الأم حيّة، وعلى قولهما: لا تصح الدعوة في حق الأم، كما لو أعتقها المشتري، ولا يلزمه رد الثمن بحصة الأم؛ لأنه تعذر فسخ البيع فيها بعد الموت، كما في فصل العتق والتدبير.

قالوا: هذه المسألة في الحاصل بناء على مسألة معروفة أن رق أم الولد، هل هو متقوم؟ فعند أبي حنيفة رحمه الله: ليس بمتقوم حتى لا يضمن بالغصب، فكذا لا يكون له حصة من الثمن، وقد زعم البائع أنها أم ولد، وزعمه حجة في حقه، وعلى قولهما: رقها متقوم، حتى يضمن بالغصب، فيسقط حصتها من الثمن.

ثم فرّق أبو حنيفة بين فصل الموت، وبين فصل العتق والتدبير مع أن البائع زعم أنها ولدت له في الفصول كلها. وجه الفرق له أن في الفصول المتقدمة القاضي كذب البائع فيما زعم حين جعلها معتقة من المشتري، أو مدبرة أو أم ولد، فلم يبق لزعمه عبرة، فأما ههنا بعد موتها لم يجر الحكم، بخلاف ما زعم البائع، فبقي زعمه معتبرًا في حقه، فلهذا ردّ جميع الثمن، ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن المشتري باعها من غيره، أو كاتبها، أو زوجها، أو وهبها، وقبضها الموهوب له، ثم إن البائع ادعى الولد، صحّت دعوته في حق الأم والولد جميعًا، وينقض هذه التصرفات ويرد الجارية على البائع، فهما يحتاجان إلى الفرق بين هذه التصرفات وبين الموت.

والفرق: أن بعد موت الأم إنما لم تصح دعوة البائع في حق الأم؛ لأنه تعذر فسخ البيع فيها بعد الموت، أما بعد هذه التصرفات فسخ البيع فيها ممكن بواسطة فسخ هذه التصرفات، وهذه التصرفات قابلة للفسخ.

قال: ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن مات الولد عند المشتري، أو قتل، وأخذ المشتري قيمته، ثم ادعاه البائع، وقد كانت ولدت لأقل من ستة أشهر، لم تصح دعوته، لا في حق الولد؛ لأنه لم يبق محلاً لثبات النسب، ولا في حق الأم؛ لأن الأم تبع في هذا الباب، ولو لم يمت الولد، ولم يقتل، ولكن قطع يده، ثم ادعاه البائع صحّت دعوته؛ لأن بعد القطع بقي محلاً لإثبات النسب، وإذا صحّت دعوته ثبت نسب الولد

فكبر ابنها وولد له ابن عند المشتري، ثم مات الابن الأول، ثم إن البائع ادعى الولد الثاني، لا يصح دعوته، فرق بين هذا، وبين ولد الملاعنة إذا كبر وولد له ولد، ثم مات الولد المنفي، وبقي ابنه، فادعاه الملاعن صحت دعوته، وعلوق الولد الثاني لم يكن في ملك الملاعن، كما في ولد ولد المبيعة، ثم قال: تصح الدعوة في مسألة اللعان، ولم تصح في ولد ولد المبيعة.

والفرق: أن في ولد ولد الملاعنة إن لم يثبت اتصال العلوق بملكه حقيقة يثبت اتصال العلوق بملكه بحكم من الأحكام اتصال العلوق بملكه، وهو أن لا تصح دعوة الغير إياه، وفي ولد ولد المبيعة لم يثبت اتصال العلوق بملكه ولا حكمًا، فإنه لو ادعاه غير البائع صحت دعوته، ولابد لصحة الدعوى من اتصال العلوق بملك المدعي، إما حقيقة أو حكمًا.

١٧٢٨٠- إذا ولدت المبيعة في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فشهد شاهدان أن البائع ادعى هذا الولد، والبائع يُنكر، فإن كان المشتري يدّعي ذلك، فالشهادة مقبولة؛ لأنها قامت عن دعوة صحيحة؛ لأن المشتري بهذه الدعوة يدّعي استحقاق الثمن على البائع، وإن كان المشتري لا يدّعي ذلك، فإن كان الولد أنثى، فكذلك الجواب تقبل الشهادة؛ لأن هذه شهادة قامت على عتق الأمة في حق الولد والأم جميعًا، وإن كان الولد ذكرًا، فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، تقبل هذه الشهادة؛ لأن عندهما الشهادة قائمة على عتق العبد، فتقبل بدون الدعوة، وأما على قول أبي حنيفة: كان ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة، لا في حق الولد؛ لأن الشهادة على عتق العبد عنده بدون الدعوة غير مقبولة، ولا في حق الجارية؛ لأن حق الجارية في هذا الباب تبع، وإلى هذا مال بعض المشايخ، وبعضهم قالوا: لا، بل هذه الشهادة مقبولة عند أبي حنيفة أيضًا؛ لأن هذه الشهادة وإن قامت على عتق العبد، إلا أنها تضمنت حرمة الفرج؛ لأن عتق الأم مضاف إلى عتق الولد الثابت بالشهادة، وكانت بمنزلة الشهادة القائمة على عتق الأمة، حتى لو كانت الأم ميتة لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة؛ لأنها لا تتضمن حرمة الفرج، فلم تكن بمنزلة الشهادة على عتق الأمة، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهرزاده".

وقال بعضهم: لا، بل هذه الشهادة مقبولة عند أبي حنيفة، وإن كانت الأم ميتة، إذ ليس المقصود هاهنا عتق الولد، وإنما المقصود ثبوت النسب والعتق بناء عليه، ويجوز أن يثبت النسب بالشهادة من غير دعوة كما لو شهدا أن ولدت، وتصادق الزوجان أن النكاح بينهما منذ شهر، فشهد الشهود أن النكاح منذ ستة أشهر أو أكثر، فإنه يثبت النسب بهذه الشهادة، وإن انعدمت الدعوى، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله.

١٧٢٨٦- إذا باع الرجل من آخر جارية، ثم ادعى أنها حامل، وأن الحبل منه، فإنه لا تصح دعوته في الحال، بل تكون موقوفة، وإن رأت النساء، فقلن: بها حبل، أو صدقه المشتري في دعوى الحبل، وهذا لأن من شرط صحة دعوة البائع اتصال العلوق بملكه بيقين، ولا يقين في الحال؛ لجواز أنها لا تلد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فيتوقف فيه.

وإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، ظهر أن العلوق كان في ملكه، وأن دعوته كانت صحيحة، وإن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا تبين أن العلوق لم يكن في ملكه، وأن دعوته لم تصح، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فقال المشتري: أصل الحبل لم يكن في ملكك، إنما اشتريتها وهي حائل، وقال البائع: لا، بل أصل الحبل كان في ملكي، فالقول قول البائع؛ لأنا تيقنا أنها كانت حاملًا في يد البائع، فبعد ذلك المشتري يدعي تاريخًا سابقًا في العلوق، والبائع ينكر ذلك.

وكان ينبغي أن يكون القول قول المشتري؛ لأن المشتري يدعي جواز العقد، والبائع يدعي فساد العقد؛ لأنه يقول: العلوق كان مني، وقد بعت أم الولد، فلم يصح البيع، والقول قول من يدعي الصحة، ألا ترى أنهما إذا اختلفا في تاريخ الشراء بعدما ولدت الجارية في يد المشتري، وادعاه البائع، فقال المشتري: اشتريتها منذ ستة أشهر وأكثر، وقال البائع: لا، بل اشتريتها منذ شهر، فالقول قول المشتري؛ لأنه يدعي جواز العقد، كذا هاهنا.

والجواب: وهو الفرق بين المسألتين أن في مسألتنا سبب الفساد ثبت بدليله، فكان القول قول من يدعي الفساد، كما لو ثبت سبب الفساد بالبينة أو بإقراره، وهو أن سبب الفساد علوق هذا الولد من جهة البائع، وقد ثبت ذلك بقول البائع؛ لأن الظاهر يشهد.

للبائع؛ لأنه هو المتمكن من الوطء دون غيره، بخلاف ما لو اختلفا في التاريخ؛ لأن هناك سبب الفساد لم يكن ثابتًا بدليله؛ لأن سبب الفساد هناك ما يدعيه البائع من التاريخ، ولم يثبت ذلك بقوله؛ لأن الظاهر لا يشهد للبائع أنه باع منذ شهر، وما لم يثبت سبب الفساد بدليل، فالقول قول من يدعي الجواز.

وإن أقاما البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأن البائع يثبت تاريخًا سابقًا في ملكه سبق العلوق، وملكه حقه، فتقبل بينته في سبق التاريخ في ذلك، ولا شك في هذا على قول أبي يوسف.

واختلف المشايخ على قول محمد، منهم من قال: قوله هكذا، ومنهم من قال: على قوله: البينة بينة المشتري؛ لأنه هو المحتاج إلى إقامة البينة.

وأصل هذا فيما إذا اختلفا في تاريخ الشراء، وقد ولدت الجارية في يد المشتري بعد البيع بيوم، وادعاه البائع؛ فقال المشتري: لم أشتر منك، وإنما اشتريتها قبل أن تعلق منك منذ شهر، وقال البائع: لا، بل اشتريتها منذ سنة، فالقول قول البائع، فإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة البائع عند أبي يوسف؛ لأن البائع ببينته يثبت حصول العلوق في ملكه، وثبوت حق استحقاق النسب.

وعند محمد: البينة بينة المشتري؛ لأنه هو المحتاج إلى إثبات التاريخ في شرائه بالبينة فيثبت أن شراءه كان منذ سنة، فيمتنع به صحة دعوة البائع.

١٧٢٨٢- وإذا ولدت الجارية المبيعة بنتًا لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، ثم ولدت الابنة ابنًا، فأعتق المشتري ابن الابنة، ثم ادعى البائع نسب البنت، فإنه تصح دعوته؛ لأن علوق البنت كان متصلاً بملكه، وإذا صحت دعوته في حق البنت، صحت في حق ابنها حتى يبطل عتق المشتري؛ لأن من ضرورة حرية الأم[1] من الأصل حرية الولد؛ لأنه لا يتصور أن تكون الأم حرة الأصل، وولدها يكون رقيقًا، بخلاف ما إذا

---

(1) هكذا في ظ و[illegible] وكذا في الأصل: لأن من ضرورة [illegible]، وفي "التكملة": إذا باع أمة فولدت عند المشتري، فقال البائع: بعتها منك منذ شهر، والولد مني، وقال المشتري: بعتنيها منذ أكثر من ستة أشهر، والولد ليس منك، فالقول قول المشتري بالاتفاق، فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضًا عند الطرفين، وعند محمد البينة للبائع [illegible] الأم من الأصل [illegible] هذه العبارة غير مربوطة.

ادعى البائع الابن بعدما أعتق المشتري الأم، حيث لا يبطل إعتاق المشتري في الأم، إذ ليس من ضرورة كون الولد حر الأصل أن تكون الأم أم الولد، كما في ولد المغرور.

١٧٢٨٣: وإذا حملت الأمة، وولدت في يد مولاها، فباعها المولى دون ولدها، وقضى نسبها، ثم زوّجها المشتري عبداً له، فولدت ولداً، ثم مات العبد عنها، فوطئها المشتري بعد انقضاء العدة، فجاءت بولد، وادعاه المشتري، ثم إن البائع ادعى الولد الذي عنده، صحت دعوته في الولد الذي عنده؛ لأن علوق هذا الولد كان في ملكه، قال: ولا يصح دعوته في الولد الذي ادعاه المشتري، ولا في الجارية؛ لأنه جرى فيها من المشتري ما يمنع صحة دعوة البائع؛ لأنه ثبت للولد حقيقة العتق، وللجارية حق العتق، قال: ويرد المشتري ولد العبد على البائع بحصته من الثمن، فيكون عند البائع ولد[1] أم الولد بمنزلة أمه، وهذا لأن البائع حين ادعى الولد الذي عنده، فقد أقر أن الجارية أم ولده، وأن ابن العبد ابن أم ولده، إلا أنه لم يصح إقراره في حق الجارية لمانع ثمة، ولا مانع في حق الولد، فعمل إقراره في حقه.

فإذا ادعى البائع بعد ذلك ابن العبد أنه ابنه، عتق عليه؛ لأنه ملكه، ولا يثبت نسبه منه؛ لأنه معروف النسب من غيره، فدعوته إياه كإعتاقه.

١٧٢٨٤: إذا باع الرجل جارية وهي حبلى، فولدت في يد المشتري بعد البيع بيوم، ثم مكثت سنة، وولدت ولداً آخر من غير الزوج، فادعى البائع الولدين جميعاً، فهما ابناه، وترد الأمة إليه، وتكون أم ولد له، ويرد البائع الثمن، إن كان المشتري نقده، وهذا لأن دعوة البائع الولد الأول قد صحت، وصارت الجارية أم ولد من وقت العلوق به، فتبين أنه باع أم الولد، وبيع أم الولد باطل، وتبين أن الولد الثاني ولد أم الولد، وولد أم الولد يثبت النسب من المولى بدون الدعوة، فمع الدعوة أولى.

فلو ادعى البائع والمشتري الولدين جميعاً معاً، صحت دعوة البائع؛ ولا تصح دعوة المشتري؛ لأن دعوة البائع سابقة معنى، وكانت أولى بالاعتبار، كما لو كانت سابقة حقيقة، ولو كان المشتري ادعى الولد الآخر ابتداء، أجيزت دعوته، وجعلت الجارية أم ولد له، فإن ادعى البائع بعد ذلك الولد الأول، صحت دعوته في حق الولد، ولم تصح

(١) وكذا في ظ: "ولد".

دعوته في حق الجارية، والولد حر؛ لأنه جرى فيهما من المشتري ما يمنع صحة دعوة البائع.

١٧٣٨٥ - قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل له جارية فحبلت، فباعها من رجل، فولدت من يد المشتري ولداً، فادعى الولد أب البائع، وكذّبه المشتري، وصدّقه البائع أو كذّبه، فدعوته باطلة، ولا يثبت نسب الولد منه، ولا ينظر في هذا إلى تصديق البائع وتكذيبه، وإنما ينظر إلى تكذيب المشتري وتصديقه؛ لأن الجارية خرجت عن ملك البائع ظاهراً، وصار البائع كالأجنبي عنها، فصار تكذيبه وتصديقه في بيان ثبات النسب كتصديق الأجنبي وتكذيبه.

فرق بين هذا، وبينما إذا ادعى البائع نسب هذا الولد بنفسه، حيث تصح دعوته وإن كذّبه المشتري، والفرق من وجوه: أحدها: ما ذكرنا أن الأب يتملك جارية الابن سابقاً على الاستيلاد، حتى يصير مستولداً ملك نفسه؛ لأن استيلاد الأب إنما يصح في ملك نفسه لا الابن.

إذا ثبت هذا، فنقول: الثابت للابن حقيقي حصول العلوق في ملك الابن؛ لملك الجارية على الابن، ثم الاستيلاد صحته بناءً عليه، وقد ثبت للمشتري حقيقة الملك بالبيع من حيث الظاهر، وكل واحد منهما أثبت حقيقة الملك؛ وحق الملك قابل للنقض، وتعذر مراعاتهما، وكان مراعاة حقيقة الملك أولى، فأما الثابت للبائع بحصول العلوق في ملكه قبل البيع حق استحقاق نسب الولد، لا حق تلك الجارية، فإنها كانت مملوكة على الحقيقة وقت العلوق، وهذا الحق مما لا يحتمل النقض؛ لأن الحق معتبر بالحقيقة، وحقيقة النسب لا تحتمل النقض بعد ثبوتها، فكذا الحق، وملك المشتري يحتمل النقض، ولا شك أن مراعاة ما لا يحتمل النقض أولى.

قياس مسألة الأب من البائع لو ادعى المشتري أنه أعتقه حتى يثبت حقيقة النسب، أو الولاء التي هو كلحمة النسب من المشتري، ولو كان هكذا كان مراعاة حقيقة النسب أولى من مراعاة حق النسب.

الفرق الثاني: أن طريق تصحيح دعوة الأب ولد جارية ابنه لما كان تقديم الملك للأب في الجارية على الوطء ليصير الأب مستولداً ملك نفسه؛ فنقول: تقديم الملك

للأب في الجارية على الوطء غير ممكن ههنا؛ لأن الأب يدعي ملكاً خفياً لينقض به ملكاً ظاهراً؛ لأن ملك المشتري في الجارية ظاهر وقت الدعوة، وملك الأب خفي وقت الوطء، ومن ادعى ملكاً خفياً لينقض ملكاً ظاهراً، لا تسمع دعواه، ألا ترى أن أب البائع بعدما باع الجارية والولد لو ادعى أن البائع قد كان باع الولد منه قبل أن يبيعه من هذا، لا تصح دعواه، وإنما لا تصح لما قلنا، بخلاف ما إذا ادعى البائع نسب الولد بنفسه؛ لأن ملك البائع في الجارية ظاهر وقت العلوق، وتيقنا أن العلوق حصل في ملكه؛ لأن موضوع المسألة في دعوة البائع فيما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، إلا أنه لا يثبت نسب الولد بدون دعوته؛ لأن له في ولد جارية الابن حق الملك لكونه متولداً من ملكه، ويحتمل أن يكون هذا الولد من غيره، فلا يبطل حق ملكه عن الولد بالشك، وإذا ادعى فقد ارتفع هذا الشك، وتبيّن أن هذا الولد ولده، وأنه باع أم ولده، فهو معنى قولنا. إن ملك البائع ظاهر وقت العلوق، فجاز أن يقبل قوله، وينقض ملك المشتري.

والدليل على الفرق بينهما أن الجارية لو لم تكن في ملك الابن وقت العلوق بهذا الولد، ثم اشتراه الابن، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر حتى علم أن العلوق لم يكن في ملك المشتري، فادعى الولد أب المشتري، لا يصح دعوته، ولو ادعاه المشتري، صحت دعوته، فإذا وقع الفرق بين دعوة الأب ولد جارية الابن وبين دعوة الابن ولد جاريته فيما إذا لم تكن الجارية في ملك الابن وقت العلوق، جاز أن يقع الفرق بين دعوتهما إذا لم تكن الجارية في ملك الابن وقت الدعوة أيضاً

الفرق الثالث: أن الأب بهذه الدعوة يدعي على الابن تملك الجارية عليه بالقيمة قبل البيع، وتملك الشيء بالقيمة في معنى الشراء، وليس له على ذلك دليل وقت الدعوة، فصار بمنزلة ما لو ادعى على الابن أنه قد كان اشترى هذه الجارية منه قبل البيع، فأما البائع بهذا البيع ليس يدعي تملك الجارية على المشتري، بل يتكرر زوالها عن ملكه؛ لأنه يقول: صارت أم ولد لي، ولم يصح نفي فيها، وله على ذلك دليل ظاهر، وهو علوق الولد في ملكه

فإن قيل: أليس أن الأب لو ادعى قبل البيع صحّت دعوته، وقد ادعى تملك

جارية على الابن بالقيمة، ولم يجعل ذلك بمنزلة دعوى الشراء.

قلنا: جعل ذلك بمنزلة دعوى الشراء أيضًا، إلا أنه على هذا التقدير دليل ظاهر، وهو ماله من تأويل الملك وقت العلوق ووقت الدعوة، فلهذا افترقا.

الفرق الرابع: أن دعوة الأب دعوة تملك، والتملك لا يعمل في ملك الغير، أما دعوة الابن دعوة استيلاد، والاستيلاد قد يعمل في ملك الغير، كما في الجارية المشتركة بين اثنين.

هذا الذي ذكرنا إذا كذبه المشتري وصدقه البائع، أو كذبه، أما إذا صدقه المشتري، وكذبه البائع، صحت دعوته؛ لأن الجارية مع الولد ملك المشتري، فإذا صدق المشتري أب البائع في دعوته، فقد أقر أن الجارية أم ولده، وأن الولد ولده، وأنه قد ملك الجارية على البائع قبل تملكه إياها، وفي ذلك إقرار على نفسه، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، ألا ترى أن أجنبيًا آخر لو ادعى نسب هذا الولد، وصدقه المشتري، صحت دعوته مع أنه ليس للأجنبي في الجارية تأويل الملك، فهنا أولى، ولكن لا يبرأ المشتري عن الثمن بتصديقه أب البائع في دعوته؛ لأن تصديقه يعتبر فيما عليه لا فيما له، وصيرورة الجارية أم ولد لأب البائع، وثبوت نسب الولد منه أمر على المشتري، فيعتبر تصديق المشتري في ذلك، أما براءة المشتري عن الثمن أمر له، فلا يعتبر تصديقه في ذلك، ولا يضمن أب البائع شيئًا من قيمة الجارية للبائع، وإن زعم أنه يملك الجارية على البائع بالاستيلاد، ويملك الأب جارية ابنه بالاستيلاد يوجب القيمة على الأب، إلا أن البائع كذب الأب في ذلك، فالتحق زعمه بالعدم، وليس للمشتري على أب البائع شيء من قيمة الجارية، ولا من قيمة الولد، أما من قيمة الجارية فلأنه وإن زعم أن الأب تملك الجارية، إلا أنه زعم تملكها على الابن، وهو البائع لا على نفسه، فيكون مدعيًا القيمة للبائع، لا لنفسه، وأما من قيمة الولد؛ فلأن في زعمه أن الأب يملك الجارية سابقًا على الاستيلاد، وأن الولد علق حر الأصل، فلا يكون مدعيًا قيمة الولد أصلًا.

ولو صدقه جميعًا، يعني المشتري والبائع، صارت الجارية أم ولد له، وثبت نسب الولد منه، ويرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن بتصديقهم ظهر أن البائع باع أم ولد

---

(١) وفي الأصل: [illegible].

التبعيض فيه، فلهذا افترقا.

فإن قيل: حكمنا بحرية الولد الذي لم يبع من الأصل، ومن ضرورة حريته من الأصل حريّة الولد الآخر من الأصل؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد.

قلنا: حريّة الولد الذي لم يبع من الأصل يظهر في حقه، أما لا يظهر في حق الولد المبيع، ويجعل في حق الولد المبيع كأن عتق الذي لم يبع ثبت بإعتاق مبتدأ على ما مرّ، ولا يوجب الشراء به[1].

فإن قيل: إن لم تتحقق الضرورة من الوجه الذي قلتم، تحققت من وجه آخر، فإن نسب الولد المبيع قد ثبت من المدعي، ومن ضرورة ثبوت نسبه منه أن يكون العلوق حاصلا في ملكه، ومن ضرورة حصول علوقه في ملكه أن يكون حر الأصل.

قلنا: ثبوت نسب الولد المبيع منه كان بطريق الضرورة لا بدليل توجّه، بل الدليل بخلافه. بيانه: أن من شرط صحّة الدعوة وثبوت النسب في ولد جارية الابن قيام حق التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وقد انعدم الشرط في حق الولد المبيع، فتنعدم صحة الدعوى في حقه، فينبغي أن لا يثبت نسبه منه، وإنما أثبت ضرورة أنه ثبت نسب الولد الذي لم يبع، وهما توأمان، والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة في حق ثبات النسب، أما لا ضرورة في حق الحرية، فصار في حق حريّة الولد المبيع كأنه لم يوجد منه الدعوة أصلا، أليس أنه لا يعتق هذا الولد، كذا ههنا، أكثر ما فيه أنه ثبت نسب هذا الولد منه، ولكن ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد منه عتقه، ألا ترى أنه لو استولد جارية الغير بالنكاح، ثبت نسب الولد منه، وإن كان لا يعتق، كذا ههنا.

وبعضهم قالوا: لأنه حين ادعى كان الولدان منفصلين، ومن شرط صحة دعوة الأب قيام ملك ولده فيهم، وإنه معدوم في حق الولد المبيع، فصحت الدعوة بقدر وجود شرطه، فصحت في حق الولد الثاني والأم دون المبيع، فالحجة إنما ثبتت بقدر شرطها، كتصديق المشتري الأب في المسألة الأولى ثبت في حق الأم دون الابن، وتعتبر الدعوة في حق الولد المبيع إعتاقا ناسخا، فصارت الدعوة في حق الابن المبيع كأنها لم تكن، بخلاف ما لو أعتق المشتري الولد. ثم إن البائع ادعى الثاني، فإن الدعوة تصح،

(١) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ظ: "السراية".

يحكم بحرية الولد المبيع، بل يكون عبداً للمشتري، والولد الثاني يكون حراً بالقيمة

وجه قول محمد في المسألة: إن من شرط صحة دعوة الأب قيام حق تملك الجارية للأب من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ليصير الأب متملكاً الجارية سابقاً على الوطء، فيصير مستولداً ملك نفسه، وقد فات هذا بالبيع، فلا تصح دعوته في حق الجارية، وما لم يثبت تملك الجارية لا يثبت نسب الولدين؛ لأن ثبات نسب ولد جارية الابن من الأب من حيث وقوع الاستيلاد في ملك الأب، ولم يوجد، وصار كما لو ادعى نسب ولد مدبرة الابن، أو نسب ولد مكاتبة الابن، أو نسب ولد أم ولد الابن.

وجه قول أبي يوسف: إن البائع لو لم يبع الجارية والولدين حتى ادعاه الأب، صحت دعوته في الكل، ولو باع الجارية والولدين، لم تصح دعوته في الكل، فإذا باع البعض دون البعض، كان لكل بعض حكم نفسه، والمعنى في ذلك أن حق الدعوة كان ثابتاً للأب قبل البيع، لقيام ملك الابن، ولو بطل إنما يبطل حكماً لزوال ملك الابن، فإنما يبطل بقدر ما زال ملك الابن عنه، بخلاف ولد المدبرة والمكاتبة؛ لأن حق الدعوة لم يكن ثابتاً للأب هناك لفوات شرطه. أما ههنا بخلافه، ولكن المقصود بالدعوة الولد دون الأم بدليل أن الأم يضاف إلى الولد، ولا يضاف الولد إلى الأم، يقال: أم الولد، ولا يقال: ولد الأم، ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»(١)، وما هو المقصود بالدعوة على حاله، لم يحدث فيه ما يمنع نقل الملك إليه، فتصح دعوته فيه، وإن لم تصح دعوته في الأم، ومثل هذا جائز، ألا ترى أنه لو باع جارية من إنسان، وجاءت في يد المشتري بولد، وأعتق المشتري الجارية، ثم إن البائع ادعى نسب الولد صحت دعوته في حق الولد، وإن لم تصح دعوته في حق الأم.

وكذلك إذا ماتت الجارية مع أحد الولدين في يد الابن، ثم إن أب البائع ادعى نسب الولدين، صحت دعوته في حق الولد الحي، وإن كان لا تصح في حق الأم، وخروجها عن ملك الابن بالموت كخروجها عن ملكه بالبيع، ثم هناك لما لم يمتنع صحة دعوته في الولد الباقي، كذا ههنا، والدليل عليه أن ولد المغرور ثابت النسب من المغرور، ويكون حراً بالقيمة، والأم تكون رقيقة على حالها، وليس كما لو ادعى نسب

(١) قد مضى تخريجه في الصفحة الماضية.

ولد مكاتبه الابن، أو مباشرة سببه؛ لأن ولد المدبرة مدبر، وولد المكاتبة مكاتب، فقد حدث في الولد هناك ما يمنع النقل إلى ملكه، كما حدث ذلك في الأم، فلم يصح الدعوة هناك أصلاً، أما هاهنا بخلافه. ويكون الولد الذي لم يبع حراً[١] بالقيمة؛ لأنه لا يملك الجارية مهما سبقت على الاستيلاد، ليكون العلوق حاصلاً في ملكه، فيكون حر الأصل، فيكون حراً بغير قيمة، ولابد وأن يظهر قيمة الولد. فجعلناه حراً بالقيمة، بخلاف ما إذا كانت الجارية في ملكه؛ لأن هناك يثبت الجارية سابقاً على الاستيلاد فيكون العلوق حاصلاً في ملكه، فيكون الولد حر الأصل، فيكون حراً بغير قيمة، ولأن الأب مصدق في حق نفسه. وإذا ادعى نسب الولدين، حمل أمره على أنه استبقاها على أن له حق التمسك على ولده، وأن الظاهر في ملك ولده الدوام، أو وجود شرعه الملك يوم الدعوة. وإذا [illegible] فقد عدم شرط التمسك لهم، ولكن بعد صحته بناء للأمر على الظاهر، فصار مغروراً كمرأة الذي يصيب الجارية، ويستولدها على أنها ملكه بناء على سبب أفاد الملك له ظاهراً، فإذا استحقت صار مغروراً، كذا ههنا، ولما ثبت الغرور وقع الاستغناء من تملك الجارية؛ لأن الغرور بمنزلة عقد النكاح في إثبات النسب، وعقد وجود عقد النكاح يستغني عن تملك الجارية، كذا ههنا، ولأجل ما ذكر غرم الأب قيمة الولد الثاني؛ فثبت نسب الولد منه، ولكن لا يعتق ما ذكر.

هذا الذي ذكرنا إذا ادعاه المشتري والبائع، فأما إذا صدقه المشتري، وكذب البائع، فالجارية تصير أم ولد له بلا خلاف، وعليه قيمتها للابن، ويثبت نسب الولدين منه بلا خلاف، ويصير الولد المبيع حراً بغير قيمة بلا خلاف. وأما الولد الثاني فهو حر بالقيمة على الأب عند أبي يوسف، وعند محمد: هو حر بغير قيمة، وإنما صارت الجارية أم ولد له، وكان الولد المبيع حراً بغير قيمة باعتبار أن المشتري لما صدقه في دعواه، فقد أقر أن الجارية صارت أم ولد له، وأن الولد المبيع علق حر الأصل، وأن البيع لم يصح فيهما، وله حق الرجوع على البائع، ويصدق فيما عدا ذلك؛ لأن تصادقهما ذلك كله إقرار على المشتري، وهو مالك لذلك من حيث الظاهر، وإذا ثبت نسب الولدين بدون تصديق المشتري، فمع تصديق المشتري أولى.

---

(١) وفي الأصل: لم يبع

وأما على قول محمد: فلأنه ثبت نسب الولد المشتري بتصديق المشتري، وهما توأمان خلقا من ماء واحد، فإذا ثبت أحدهما ثبت الآخر ضرورة. وأما الولد الباقي في يد البائع، فعلى قول أبي يوسف: هو حر بالقيمة؛ لأنه كان عتق بالقيمة حقًا للبائع في تصديق المشتري، فلا يبطل ذلك بتصديق المشتري. وعلى قول محمد رحمه الله: يعتق بغير قيمة؛ لأن على قوله: لم يثبت نسب الولدين من المدعي أصلاً قبل تصديق المشتري، وبتصديق المشتري يثبت نسب الولد المشترى منه، ومن ضرورته ثبوت نسب الباقي في يد البائع منه؛ لأنهما توأمان، وإذا ثبت نسب الولد منه، صار أخًا للآخر، وهو ملكه ظاهرًا، والأخ يعتق على أخيه بالقرابة بغير شيء.

ولو أن البائع صدق والده فيما ادعى، وكذبه المشتري، يثبت نسب الولدين من أبي البائع، مشايخنا قالوا: ما ذكرنا أنه يثبت نسب الولدين من البائع قول أبي يوسف؛ وأما على قول محمد: فينبغي أن لا يثبت نسب الولدين منه؛ لأن محمدًا رحمه الله يعتبر الأم أصلاً في هذا الباب، والولد تبعًا، ويعتبر تصحيح دعوته في حق الأم على ما مر قبل هذا، فكيف تصح دعوته في حق الولد. والصحيح أن ما ذكر قول الكل. أما عند أبي يوسف فلأن عنده يثبت نسب الولدين من الأب عند تكذيبهما، فعند تصديق البائع أولى. وأما عند محمد رحمه الله فلأن بتصديق البائع يثبت نسب الولد الذي لم يبع منه؛ لأن الأب لا يكون أدنى حالاً من الأجنبي، ولو كان أجنبيًا ادعى نسبه، وصدقه البائع، يثبت نسبه منه، فههنا أولى. ومن ضرورة ثبوت نسب هذا ثبات نسب الآخر، ويكون الولد الذي عند البائع حرًا بغير قيمة، لاعتراف مالكه أنه حر الأصل. والجارية والولد المبيع مملوكان للمشتري؛ لأن البائع والمدعية لا يصدقان على المشتري، وليس من ضرورة الحكم بحرية أحد الولدين الحكم بحرية الأم والولد الآخر، كما مر.

ثم إن محمدًا رحمه الله ذكر في الكتاب حكم الولد في هذا الفصل، ولم يذكر حكم الأم، وكان القاضي الإمام أبو حازم والقاضي الإمام أبو الهيثم رحمهما الله يقولان: على قياس قول أبي يوسف ومحمد: يضمن البائع قيمة الجارية أم ولد للمدعي، وهو الأب؛ لأنه لما صدق أباه، فقد أقر أنه باع أم ولد أبيه، وسلمها، وبه يصير غاصبًا، وأم الولد عندهما مضمونة بالغصب، فيضمن للمدعي، وهو الأب

البائع، وهو ابنه قيمتها لأنه، ولأنهما تصادقا أن الأب استولد جارية الابن، ثم تملكها بالقيمة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يضمن البائع لولده شيئاً؛ لأن أم الولد لا تضمن بالغصب عنده.

وقال أكثر مشايخنا: لا يضمن أحدهما لصاحبه شيئاً بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فالبائع لا يضمن شيئاً للأب لما مرّ، والأب لا يضمن لابنه شيئاً من قيمة الجارية أيضاً؛ لأن الثمن سالم للبائع لبقاء البيع صحيحاً في حق المشتري، والثمن عوض عن الجارية، فلو أخذ البائع من الأب قيمة الجارية يجتمع في ملكه عوضان بإزاء معوّض واحد، وإنه لا يجوز. وأما عندهما فالأب لا يضمن لهذه العلة أيضاً، ولا يضمن الابن أيضاً، وإن أقر بغصب أم الولد بالبيع والتسليم؛ لأن القاضي لما قضى بصحة البيع، وكونها مملوكة للمشتري، فقد كذبه فيما أقر، فيلحق إقراره بالعدم.

١٢٣٨٧- جارية لرجل حبلت في ملكه، فباعها وهي حامل، وقبضها المشتري، ثم اشتراها البائع، ثم وضعت حملها في مدة لأقل من ستة أشهر، فادعاه أب البائع الأول، وكذبه ابنه في ذلك، كان دعوة الأب باطلة؛ لما ذكرنا أن من شرط صحة الدعوة قيام حق التملك فيما بين الدعوة والعلوق، وهذا لما ذكرنا أن دعوة الأب متى صحت تستند إلى وقت العلوق، ولهذا تعتق الولد حراً، وانقطاع ولاية التملك فيما بين العلوق والدعوة يمنع الاستناد إلى وقت العلوق، فلا تصح دعوته لهذا.

ولو صدقه الابن، كانت الجارية أم ولد له بالقيمة، وثبت نسب الولد، ويكون حراً بغير قيمة؛ لأن الملك للابن، وقد أقر بكونها أم ولد لأبيه(١) من وقت العلوق، وأن بيعه كان باطلاً، فيقبل قوله في حقه، ولا يقبل في حق المشتري حتى لا ينتقض البيع الذي كان جرى بينهما.

ولو أن المشتري لم يبعها من البائع، ولكنه ردها بعيب بقضاء القاضي، أو بغير قضاء القاضي، أو بخيار الشرط، أو بخيار الرؤية، أو كان البيع فاسداً، وقد قبضها المشتري، فردها على البائع بحكم فساد البيع، ثم إن البائع ادعى الولد، فهذا والأول سواء في جميع ما وصفت لك؛ لأن انقطاع ولاية التملك فيما بين طرفي العلوق،

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: "لابنه".

والدعوة لزوال الجارية عن ملك الابن بالبيع، وإن عادت الجارية إلى قديم ملك الابن في حقهما، وفي حق الثالث لم يتبين أنه لم يكن زائلاً عن ملكه، فلا يتبين أن حق التملك للأب لم يكن ساقطاً، وهو المانع من صحة دعوة الأب.

ألا ترى أن من اشترى شيئاً لم يره، ثم رده عليه بقضاء قاضٍ، أو بخيار الرؤية، فإنه لا يعود خيار الرؤية للمشتري الأول، وإن عاد إلى قديم ملكه، ولم يجعل كأنه لم يبع، ولم يزل عن ملكه.

ألا ترى أن من اشترى داراً، ووجب للمشتري فيها شفعة، ثم إن المشتري رده بالعيب بقضاء قاضٍ، أو بخيار الرؤية، كان للشفيع فيه حق الشفعة، وإن عاد إلى قديم ملك البائع، ولم يجعل كأن الدار لم تخرج عن ملك البائع، ولم تدخل في ملك المشتري قط، وكذلك لو (١) اشترى منكوحته حتى فسد النكاح، ثم ردها بالعيب بقضاء قاضٍ أو بخيار الرؤية، فإنه لا يعود النكاح، وإن عاد إلى قديم ملك البائع، ولم يجعل كأنها لم تخرج عن ملك البائع، ولم يملكها المشتري، فكذا هنا وجب أن يكون كذلك، وإذا بقي الزوال على حاله، كان ولاية التملك منقطعاً عما بينهما، فلم تصح دعوته.

فإن قيل: هذا يشكل بخيار العيب، فإنه يسقط ببيع المشتري من غيره، ثم يعود إذا عاد قديم ملكه، ويجعل كأنه لم يبع ولم يزل عن ملكه قط، حتى كان له الرد على بائعه.

قلنا: نحن لا نقول: بأن حقه في الرد بالعيب سقط بالبيع، وكيف يسقط ولم يكن عالماً، لكن تأخر لعجزه عن الرد، إلا أنه لا يكون له الرجوع بنقصان العيب لوجهين: أحدهما: أن التمسك من المشتري ثبت بالبيع من جهة المشتري، فيجعل كأنه أمسك المشتري المشترى، ولو كان المشتري ممسكاً (٢) بالمبيع بنفسه، فإنه لا يكون له الرجوع بنقصان العيب من غير رضا البائع، وإن كان في العيب حقه باقياً لإمكان الرد، فقد تثبت (٣) الغير به من جهة، والرد موهوم بأن يعود إلى قديم ملكه.

والثاني: أن المشتري لما باع من غيره، فقد وصل إليه عوض العيب، فلا يكون له

(١) هكذا في ظ و ب، وكذا في الأصل، وفي م: من.

(٢) وفي م: حبساً.

(٣) هكذا في ظ، وفي الأصل وغيره: ...

الرجوع بنقصان العيب؛ لأنه يحصل له بأن العيب عوضان، وهذا لا يجوز، وقد زال كلا الأمرين متى عاد الشيء إلى قديم ملكه، وكان له الرد بالعيب، بخلاف خيار الرؤية؛ لأنه يسقط لما أثبت لغيره لازمًا مع علمه بثبوت الخيار له لعلمه بحلته، ومع جهله بأوصاف المبيع، فلا يعود بعد ذلك، وبخلاف مسألتنا؛ لأن دعوة الأب كانت باطلة ببيع الابن لفوات شرط صحة الدعوة، وهو ولاية التملك بالجارية، وإن عادت إلى قديم ملكه، لم يتبين أنه لم يكن زائلا عن ملكه على ما بينا، وإذا بقي الزوال على حاله حقيقة وحكمًا، كان شرط صحة الدعوة فائتًا، فلم تصح دعوته

١٧٢٨٨- وإذا ولدت الجارية المبيعة في يدي المشتري ولدين في بطن واحد كلاهما، أو إحداهما لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، ثم جنى على أحد الولدين، بأن قطع يده مثلا، وأخذ المشتري الأرش، ثم ادعى البائع نسب الولدين، صحت دعوته؛ لأنا تيقنا أن العلوق بالولدين اتصل بملك البائع، أما الذي جاء لأقل من ستة أشهر فظاهر، وأما الآخر فلأنهما خلقا من ماء واحد، وعلى الجاني أرش العبد، ويكون ذلك سالمًا للمشتري، وإن حكمنا بحرية الولد الآخر من الأصل حتى لم يكن للبائع على الولد، ولا لما قلنا في الولد الواحد: إن الحرية لا تظهر في حق اليد، وكذلك إن اكتسب أحدهما كسبًا قبل الدعوة، ثم ادعاهما البائع، فالكسب يسلم للمشتري.

ولو قتل أحدهما قبل الدعوة، ثم ادعاهما البائع، يثبت نسبهما من البائع؛ لأنه صحت دعوته في حق الحي، ومن ضرورته صحة الدعوة في حق الآخر؛ لأنهما خلقا من ماء واحد لا يتصور أن يثبت نسب أحدهما، وحريته من الأصل دون الآخر، وإذا صحت دعوتهما فيما ذكر أن قيمة المقتول تكون لورثة المقتول، ولا يكون للمشتري، فقد حكم بحرية المقتول من الأصل في حق المشتري، حتى لم يجعل القيمة سالمة للمشتري، ولم يحكم بحريته من الأصل في حق الجاني، حتى لم يوجب عليه الدية، بل أوجب القيمة، ومثل هذا جائز، ويجوز أن يكون الشخص الواحد عبدًا وحرًا في حق شخصين، وفي حق حكمين، ألا ترى أن من أقر بحرية عبد في يد غيره، ثم اشتراه اعتبر عبدًا في حق البائع حتى يستحق الثمن على المشتري، ويعتبر حرًا في حق المشتري حتى يحكم بعتقه عليه، واعتبر شراءه في حقه تخليص الحر، كذا ههنا.

وفرق بين الأرش والكسب والقيمة، فجعل الكسب والأرش للمشتري، وجعل القيمة لورثة المقتول. والفرق: أن من ضرورة ثبوت نسب أحدهما وحريته من الأصل ثبوت نسب الآخر، وحريته من الأصل؛ لأن التوأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر في حق ثبوت النسب والحرية، والقيمة بدل عن النفس، فإذا ظهرت الحرية في حق النفس من الأصل يجب في بدل النفس، فيكون لورثة المقتول ضرورة. أما ليس من ضرورة ثبات النسب وثبوت حرية الأصل في حق النفس ثبوتها في حق الأطراف البائنة؛ لأن حرية الذات متصورة بدون الأطراف، بأن كانت بائنة الأطراف من الأصل، فلا ضرورة إلى قطع ملك المشتري عن الأرش، وكذلك في الكسب؛ لأن حرية الذات متصورة بدون حرية ما حدث بسبب الكسب، وهو المنافع، كما تتصور بدون حرية الأطراف، فلا ضرورة إلى قطع ملك المشتري عن الكسب، فلهذا افترقا. ولو لم يدعهما البائع، وإنما ادعاهما المشتري، ثبت نسبهما منه، لما ذكرنا في الولد الواحد.

١٧٢٨٩ - وإذا ولدت الأمة عند رجل ولدين في بطن واحد، فباع أحدهما، فادعى المشتري الولد الذي اشتراه أنه ابنه، صحت دعوته، ويثبت نسب الولدين منه؛ لأنهما توأمان، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما منه ثبوت نسب الآخر، ولا يعتق الولد الآخر؛ لأن دعوة المشتري دعوة تحرير؛ لأن أصل العلوق لم يكن في ملكه، وكأنه أعتق ما اشترى منفصلاً، وليس من ضرورة عتق أحد التوأمين بمطلق التحرير عتق الآخر، ولا تصير الجارية أم ولد له؛ لأن أمية الولد لا تثبت إلا بناء على حرية الولد من الأصل، كما في الولد المغرور، ففي حرية عارضة أولى.

١٧٢٩٠ - وإذا حبلت الأمة عند رجل، وولدت بنتاً، فكبرت ابنتها، وولدت بنتاً، ثم إن المولى باع الابنة السفلى، وأعتقها المشتري، ثم إن المولى ادعى الابنة العليا، يثبت نسب العليا، ويثبت نسب السفلى، ويبطل عتق المشتري، وكانت بمنزلة أم ولد، وإنما بطل إعتاق المشتري؛ لأنه تبين أنها كانت حرة قبل شرائه.

١٧٢٩١ - وإذا اشترى الرجل أمة وولدها، أو اشتراها وهي حامل، ثم باعها من آخر، ثم اشتراها، ثم ادعى الولد، صحت دعوته، ويثبت[1] نسب الولد منه إذا كان

(١) هكذا في ظ ف، وكان في الأصل: وثبت.

يسقط خيار المشتري، فهذا معنى قوله: إن دعوة المشتري صادفت ملكه. ولو كان الخيار للبائع، فادعاه المشتري، فإن دعوته تكون موقوفة إن أجاز البائع البيع، صحّت دعوته، وإن فسخ بطلت دعوته، فرق بين هذا وبينما إذا أعتقه المشتري، والخيار للبائع، فإن عتقه لا يتوقف، بل يبطل.

والفرق: أن الدعوة إقرار بنسب ثابت، وليس بإثبات النسب للحال، والإقرار صحيح قبل الملك، ولكن بقاءه يتوقف على الملك، كما لو أقر بحرية عبد الغير، فأما الإعتاق، فإنشاء تصرف مبتدأ للحال، فإنه تصرف لا يصح إلا في الملك، وليس للمشتري حالة الإعتاق، لا ملك باتّ، ولا ملك موقوف حتى كان الخيار للبائع على ما عرف في موضعه، فلم يصح الإعتاق، حتى لو أخرج الكلامان في الإعتق مخرج الإخبار بأن كان قال: هذا كان حرّاً قبل شرائي يتوقف ذلك منه.

١٧٢٩٤ - وإذا أخذ الرجل أمتين من رجل على أنه بالخيار، يأخذ أيهما شاء بألف درهم، ويرد الأخرى، فولدتا عنده، وأقر أنهما منه، إلا أنه لم يبين التي وطئها أولاً، فإقراره صحيح في ولد أحدهما، وهي التي تناولها البيع، وهذا لأن خيار المشتري لا يمنع صحة دعوته، ولكن البيع تناول أحدهما بغير عينها، ويتعين باختيار المشتري، فيؤمر بالبيان مادام حيّاً، فإن مات قبل البيان، فالبيان إلى الورثة؛ لأنهم قاموا مقام الميت في خيار التعيين، فيكون لهم البيان كما كان للموروث لو كان حيّاً، فإن قالت الورثة: إن أبانا وطئ هذه الجارية أولاً، فإنه يثبت نسب ولد هذه من الميت، ويرث معهم، وتصير هي أم ولد للميت، وعتق بموته، وعلى الورثة ثمن هذه للبائع يؤدون ذلك من تركة الميت، ويردون الأمة الأخرى على البائع مع عقرها، فتكون أمة البائع كما لو كان حصل هذا البيان من الميت.

وإن قال بعض الورثة: إن أبانا وطئ هذه أولاً، وقال بعض الورثة: لا، بل وطئ هذه الأخرى أولاً، كان التي قال لها بعض الورثة أولاً: هي التي وطئها الميت أولاً متعينة للاستيلاد، ويرد الأخرى.

فرق بين هذا، وبينما إذا أوصى الرجل أن يعتق أحد عبديه، ثم مات وله وثلثان، فأعتق أحدهما أحد العبدين، وأعتق الآخر العبد الآخر، فإن الأخير يتعين لتنفيذ الوصية

فيه دون الأول. والفرق: أن في مسألتنا هذه الوارث قام مقام المورث في البيان بحكم الملك لا بحكم الأمر؛ لأن المورّث لم يأمرهم بالبيان، وإنما يثبت لهم البيان بحكم الملك؛ لأنهم ورثوا ما كان ملكًا للميت، وهذه مختلط بملك الغير، والملك ثابت للكل، فيكون تعيين أحدهم كتعيين الميت لو كان الميت حيًا، ولو كان الميت حيًا، وقال: وطئت هذه أولا، كان الإقرار منه صحيحًا، والرجوع باطلا، كذا من الورثة، أما في تلك المسألة التعيين إلى الوارث بحكم الأمر، لا بحكم الملك، ألا ترى أنه لو مات ولم يأمرهم، لا يصح إعتاقهم عن الميت، وإذا كان التعيين إليهم بحكم الأمر، فإنما يصير إعتاق الوارث كإعتاق الميت إن لو وافق أمره، والميت أمر بإعتاق عبد يجتمعان على تعيينه، وإنه مقيد لتفاوت العبدين، كما لو حصل الأمر في حالة الحياة، فإذا أعتق أحدهما عبدًا، فهذا إعتاق لم يوافق أمر الآمر، فلا ينفذ على الميت، بل ينفذ على المعتق؛ لأن له نصيبًا فيه، وإذا أعتق بعض هذا العبد من ابن المعتق، لم يبق هو محلا لتنفيذ الوصية، فتعين العبد الآخر لتنفيذ الوصية فيه، ويصح إعتاق الابن الآخر بانفراده فيه؛ لأن اجتماعهما على إعتاق عبد بعينه لا يفيد، فهذا هو الفرق.

وإن اتفقت الورثة أنهم لا يدرون التي وطئ الميت أولا، فإنه لا يثبت نسب واحد من الولدين من الميت، ولكن يعتق نصف كل واحد من الولدين ونصف كل واحد من الجاريتين، ويسعى كل واحدة من الجاريتين وكل واحد من الولدين في نصف القيمة، وردّت الورثة على البائع نصف ثمن كل واحد من الجاريتين ونصف العقر من التركة، فإن لم يمت المشتري، وادعى نسب الولدين أيضًا، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون الدعوة من البائع بعد دعوة المشتري، وفي هذا الوجه يصح دعوة البائع في الولد الذي يرد عليه، وفي أمه كيف ما جاء بالولدين لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو لستة أشهر؛ لأن دعوته صادفت ملك نفسه، ولم تصح دعوته فيما صار للمشتري كيفما جاءتا. أما إذا جاءتا لستة أشهر فلأن دعوة البائع فيما صار للمشتري لا تصح في هذه الصورة من غير تصديق المشتري، فبعد دعوته أولى.

وأما إذا جاءتا لأقل من ستة أشهر لا يصح أيضًا؛ لما دخل عليه من عتق المشتري، وإن ادعياهما جميعًا إن جاءتا بالولد لستة أشهر، فدعوة البائع صحيحة فيما صار له،

ولا تصح دعوته فيما صار للمشتري، وإن جاءتا بالولد لأقل من ستة أشهر، فدعوة البائع أولى في الولدين؛ لأن دعوته دعوة استيلاد، ودعوة المشتري دعوة تحرير.

نوع آخر

في دعوى الولد بعد العتاق

١٧٢٩٥- إذا أعتق الرجل عبداً صغيراً له، ثم ادعى أنه ابنه، صحت دعوته استحساناً، والقياس أن لا تصح؛ لأنه متناقض في هذه الدعوى، بيانه: أن إقدامه على الإعتاق إقرار منه بصحة الإعتاق، وإنما يصح إعتاقه إذا لم يكن ابناً له؛ لأنه إذا كان ابناً له، وكان العلوق في ملكه، كان حر الأصل، وإن لم يكن العلوق في ملكه، فإذا دخل في ملكه، يعتق عليه، فلا يصح إعتاقه بعد ذلك، فإقدامه على الإعتاق يكون إقراراً منه أنه ليس بابن له، فيصير بدعواه أنه ابنه متناقضاً.

وجه الاستحسان: أن هذا إقرار للغير، وهو الابن؛ لأن معظم المنفعة في هذا الميراث للابن، والإقرار للغير صحيح من غير تصديق، وإنما يبطل[1] بالتكذيب، ولم يوجد التكذيب هاهنا، وقوله: بأنه متناقض في هذه الدعوى قلنا: نعم، ولكن التناقض في هذا الباب لا يضر، ألا ترى أنه لو صرّح، فقال: هذا ليس بابني، ثم قال: هذا ابني، تصح دعواه لما أنه[2] بقوله: ليس هذا بابني أنكر أن يكون للابن عليه حقوقاً مالية، وبقوله هذا ابني بعد ذلك أقر للابن على نفسه بالحقوق المالية، والإقرار بالحقوق بعد إنكارها صحيح.

١٧٢٩٦- عبد صغير بين رجلين، أعتقه أحدهما، ثم ادعاه الآخر بعد ذلك، فهو ابنه عند أبي حنيفة؛ لأن الإعتاق عنده متجزئ، فاقتصر الإعتاق على نصيب المعتق، وبقي نصيب الآخر مملوكاً له، فإذا ادعاه الآخر، فإنما ادعى نسب ولد مملوك له، فيصح دعوته، ويكون مولى لهما إن كان دعوة المدعي دعوة تحرير، بأن لم يكن العلوق في ملكهما؛ لأن المعتق استحق نصف الولاء بإعتاق النصف، ويثبت نسب الولد من الآخر

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وف وم: «فهو يبطلان على التكذيب».

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف: «أن».

لا يبطل هذا الاستحقاق، فيكون الولاء بينهما، فإن كان دعوته دعوة استيلاد، بأن كان العلوق في ملكه، فللمعتق نصف الولاء بإعتاق النصف، ولا ولاء للمدعي؛ لأنه زعم أنه علق حر الأصل، وأنه لا ولاء له عليه، وزعمه معتبر في حقه.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد حين أعتقه أحدهما، فقد عتق كله، وكان جميع الولاء للمعتق، فإذا ادعاه الآخر بعد ذلك، فقد ادعى نسب[1] حر صغير ليس له نسب معروف، فتصح دعوته استحسانًا لا قياسًا، كما لو ادعى نسب لقيط. هذا إذا ادعاه الآخر، وأما إذا ادعاه المعتق، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا تصح دعوته إلا بتصديق الآخر[2]؛ لأن نصيبه باقٍ على ملكه، وعلى قولهما: صحت دعوته استحسانًا؛ لأنه ادعى نسب حر صغير ليس له نسب معروف من غيره.

هذا إذا كان الولد صغيرًا، وإن كان كبيرًا يعبّر عن نفسه، فإن أقر بذلك، فهو ثابت النسب من المدعي، سواء ادعى المعتق أو لا، وإن جحد ذلك، لم تصح دعوة المعتق؛ لأنه لا ملك له فيه، وتصح دعوة الآخر عند أبي حنيفة؛ لأن نصيبه باقٍ على ملكه، وعلى قولهما: لا تصح دعوى أحدهما؛ لأنه لا ملك لأحدهما فيه عندهما.

نوع آخر في دعوى الإنسان نسب غيره والشهادة عليه

ما يجب اعتباره في هذا النوع شيئان اثنان:

أحدهما: أن البينة إذا قامت على خصم حاضر تقبل، وإذا قامت على خصم غائب، لا تقبل إلا إذا كان عنه خصم حاضر، إما قصدي وهو ظاهر، أو حكمي، وذلك بطريقين: أحدهما: أن يكون ما يدعي على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة، وقد ذكرنا ذلك غير مرة.

والثاني: أن يكون الذي قامت عليه البينة وارثًا، ويكون الدعوة وقفًا على الميت، فإن البينة تقبل على الوارث إذا كانت الدعوة في المال؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في

(1) وكان في ظ: نسبه.

(2) هكذا في ظ، وفي الأصل: إلا بتصديق الآخر، عندهما تصح دعوته استحسانًا؛ لأنه ادعى إلى صحة دعوته بلا قياس استحسانًا؛ لأن نصيبه باقٍ على ملكه.

المال، وفيما هو من آثار المال، وفي الحقوق المتصلة بالمال، فيقوم مقامه في الخصومة فيه.

الثاني: أن من ادعى آخر دعوة، وأقام عليه بينة إن كان المدعى عليه ممن يجوز إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوة، سمع دعوة المدعي عليه، وقبلت بينته بذلك عليه؛ لأنه لما جاز إقراره به علم أنه خصم؛ لأن الإقرار إنما يجوز من الخصم. والبينة على الخصم مقبولة، والدعوى عليه مسموعة، وإن كان المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعي، لا يتصور إثبات نسب ما وقع فيه الدعوة، فإنه لا يقبل البينة عليه، كالرجل يدّعي على آخر أنه أخوه لأبيه وأمه، أو لأبيه أو لأمه، والمدعي ليس يدعي عليه حقاً من ميراث من جهة أبيه، أو من جهة أمه، أو نفقة، أو نحوه، فإنه لا تسمع بينة[1] عليه؛ لأن المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوة، فإنه لو أقر أنه أخوه، لا يصح إقراره؛ لأنه يحمل النسب على أبيه أو أمه، ولا يتصور من المدعى عليه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوى؛ لأن سبب ثبوت الأخوة من المدعى عليه إذا كان المدعي يدعي الأخوة من جهة الأب، أو من جهة الأم أن يكون المدعي ابن أبيه، أو ابن أمه، وذلك بإيلاد الأب، أو بولادة الأم، وإنه لا يتصور من المدعى عليه.

ولما لم يصح من المدعى عليه الإقرار بما وقع فيه الدعوة، ولم يتصور منه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوة، كان المدعى عليه أجنبياً عما وقع فيه الدعوة من كل وجه، ولم يكن خصماً للمدعي، فلا تقبل بينته عليه، وإن كان المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوة، إلا أنه يتصور من المدعى عليه إثبات نسب ما وقع فيه الدعوى، تقبل البينة؛ لأنه لما تصور منه إثبات النسب ذلك، كان خصماً فيه، أو وقع فيه الدعوى من كل وجه، وذلك كالرجل يدّعي على امرأة أنه ابنها، وأقام بينة على دعواه، قبلت بينته حتى إنه إذا كان لها زوج، يثبت نسب هذا الولد من زوجها، وإن كانت لو أقرت بذلك، لا يصح إقرارها حتى يثبت نسب الابن المقر به من زوجها؛ لأنه تحميل نسبه على غيرها، وهو الزوج؛ لأنه إن كان لا يصح إقرارها بالبنوة، ويتصور منها ما هو سبب ثبوت البنوة، وهو الولادة، فإن ولادتها سبب لثبوت نسب الولد منها، كما في

---

(١) وكان في الأصل: بينته.

ولد الملاعنة والزنا ، فكان المدعي ادعى عليها أنها ولدته ، فكان مدعيًا عليها فعلا يتصور منها ، وكان خصمًا للمدعي في حق سماع البينة عليه ، وإن كان لا يجوز إقراره ، ثم ما ذكرنا أن إقرار المرأة بالولد باطل مستقيم على رواية الأصل ، والفرائض غير مستقيم على رواية الجامع ، فقد ذكر في "الجامع" : أن إقرار المرأة بالولد جائز ، وسيأتي الكلام فيه في خلال المسائل -إن شاء الله تعالى- .

١٧٢٩٧ - وبعد الوقوف عليهما جئنا إلى المسائل ، قال محمد رحمه الله في "الجامع" : لو أن رجلا ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وأمه ، وهو يجحد ، فقدّمه إلى القاضي ، فالقاضي يسأل المدعي ، ويقول : ماذا تريد ، فإن قال : لا حق لي قبله من نفقة وميراث ، ولكن أريد إثبات نسبي لا غير ، فالقاضي لا يلتفت إلى دعوته ، ولا يسمع بينته عليه إن أقامها ، أما على الأصل الأول فلأن هذه بينة قامت على غائب ، وهو الأب والأم ؛ لأن نسبه يثبت من الأب ، ولا يثبت من الحاضر المدعى عليه ؛ لأن نسب أحد الأخوين لا يثبت من الآخر ، فدل أن هذه بينة قامت على الأب ، وهذا الحاضر ليس بخصم عنهما ، لا من طريق القصد ، وهذا ظاهر[1] ؛ لأن المدعى عليه ليس بوكيل ، ولا بوصي عنهما في هذه الدعوة ، ولا من طريق الحكم ، أما من طريق الإرث ؛ لأن الوارث لا ينتصب خصمًا عن الأب والأم فيما يدعى على الأب والأم من النسب حالة الحياة وبعد الوفاة ؛ لأنه ليس بمال ، ولا أثر من آثار المال ، ولم يدّع أيضًا على الحاضر شيئًا لا يتوصل إلى ذلك إلا بإثبات النسب من الغائب ، فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ، والبينة القائمة على غير الخصم لا تقبل ، وأما على الأصل الثاني فلأن المدعى عليه ممن لا يجوز إقراره بما وقع فيه الدعوة ، وهو الإخوة ، ولا يتصور منه إثبات نسب الأخوة ، وهو إيلاد أبيه وولادة أمه ، فلهذا قال : لا يقبل .

وإن قال المدعي : أنا أدعي عليه ميراثًا أو نفقة ، أو غير ذلك مما يستحق بالأخوة ، جعله القاضي خصمًا للمدعي ، وتسمع بينة المدعي عليه ، أما على الأصل الأول فلأن هذه بينة قامت على خصم حاضر ؛ لأن ما يدعيه المدعي من الحق على الحاضر لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات النسب من الأبوين ، فانتصب المدعى عليه الحاضر خصمًا

---

(١) وفي م : وهو ظاهر .

على الأخوين في إنكار النسب، كمن ادعى عبداً في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وأقام عليه البينة، قبلت بينته في إثبات الشراء؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات الشراء من الغائب، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إنكار الشراء، وكمن ادعى على رجل مالاً بسبب الكفالة عن فلان، وأقام عليه البينة، تقبل بينته في إثبات المال على الغائب؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات المال على الغائب، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إنكار المال، فكذا هنا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إنكار النسب، ويصير الغائب مقضياً عليه بالقضاء على الحاضر، حتى لو حضر بعد ذلك، وأنكر أن يكون المدعي عليه ابنه، لا ينفعه إنكاره، وأما على الأصل الثاني فلأن المدعى عليه بالأخوة في هذا الوجه يجوز إقراره، فتقبل بينة المدعي عليه بذلك.

١٧٢٩٨ - وإن ادعى رجل على رجل أنه ابنه، والأب ينكر، فأقام المدعي بينة على دعوته، قبلت بينته، ادعى مع ذلك مالاً أو لم يدع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنه يدعي عليه فعلاً، وهو إيلاده، ويحمل نسبه عليه، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك، يصح إقراره. وكذلك لو ادعى رجل على رجل أنه أبوه، والأب ينكر، فأقام المدعي بينة على دعوته، قبلت بينته، ادعى مع ذلك مالاً، أو لم يدع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنه يدعي عليه فعلاً، فإنه يقول: أنا ولدته، ويلزمه الانتساب إلى نفسه، فإن الابن ينتسب إلى الأب، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك، جاز إقراره.

وكذلك إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً، وهي تنكر، أو ادعت امرأة على رجل نكاحاً، وهو ينكر، فأقام المدعي بينة على دعواه، قبلت بينته؛ لأنها قامت على الخصم؛ لأنه يدعي عليه عقداً باشره وتولاه، ولأن الزوج يدعي عليها الملك، وهي تدعي على الزوج المهر والنفقة، وثبوت حق المطالبة بالجماع، ولهذا لو أقر المدعى عليه بذلك، جاز إقراره، فتقبل بينة المدعي عليه.

١٧٢٩٩ - ولو ادعى رجل على رجل أنه مولاه من عتاقة من فوق، أو أسفل، أو ادعى أنه مولاه من موالاة، والمدعى عليه يجحد، فأقام المدعي بينة على دعواه، قبلت؛ لأنه يدعي عليه فعلاً، فكان خصماً فيه، وإن لم يدع عليه مالاً، ولهذا لو أقر المدعى

عليه بذلك صح إقرارها ، ذكر بعد هذا أن إقرار المرأة بالولد جائز ، وكذا ذكر في دعوى الأصل ، وفي كتاب الفرائض : أن إقرار المرأة بالولد باطل ؛ لأن النسب للأب ، فيكون تحميلاً عليه .

حكي عن الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي : أنه كان يقول : ما ذكر في الجامع محمول على ما إذا لم يكن لها زوج معروف ، فصار إقرارها منصرفاً إلى الزنا ، فصار عيباً خاصة ، وما ذكر في الدعوى والفرائض محمول على ما إذا كان لها زوج معروف ، فيكون تحميلاً عليه .

ومنهم من قال : في المسألة روايتان ، على رواية الأصل إقرارها بالولد باطل ، وعلى رواية الجامع إقرارها بالولد صحيح ، والبينة عليها بذلك مقبولة على الروايتين جميعاً حتى إن امرأة لو ادعت على رجل أنه ابنها ، وأقامت على ذلك بينة ، قبلت بينتها ، وإن لم تدع بذلك مالاً أو حقاً .

وكذلك لو ادعى رجل على امرأة أنه ابنها ، وأقام على ذلك بينة ، وإن لم يدع بذلك مالاً وحقاً ، أما على رواية الجامع فظاهر ، أما على رواية الأصل : فلأنا قبلت البينة عليها ، وإن كان لا يجوز إقرارها بذلك ؛ لأن في الإخبار أخبرت بخبر الصدق ، وحجتها علامة ، وهي شهادة القابلة ؛ لأن سبب النسب منها الولادة ، وإنه يحضرها القابلة ، فلا تصدق في إخبارها بدون شهادة القابلة ، ولا يثبت النسب بقولها في هذا الوجه .

فأما البينة فشرط صحتها الإنكار ، ولا يشترط لصحة الإنكار انضمام قول غير المنكر إلى قول المنكر ، وإنما يشترط تصور سبب ما وقع فيه الدعوى والإنكار ، وتصور سبب ما رفع فيه الدعوى ، والإنكار منها ثابت ، فتقبل البينة ؛ ولا كذلك المدعى عليه ، فلم يقبل عليه البينة .

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف : أن البينة عليه في هذه الصورة غير مقبولة ؛ لأنه لا يصح إقرارها بالبنوة ، فلا يصح البينة عليها بذلك .

١٧٣٤٠ - ولو أن صبياً في يد رجل لا يعبّر الصبي عن نفسه ، وزعم الرجل الذي في يديه أنه التقطه ، وأقامت المرأة الحرة الأصل بينة أنه ابنها لأبيها وأمها جميعاً شهداء ،

وقضيت بينتهما، ودفعته إليها؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنها تدعي على الحاضر، وهو الملتقط حقاً لنفسها، وهو حق نقل الصبي إلى حجرها للحضانة والتربية؛ فإن ذا الرحم المحرم، وذات الرحم المحرم أحق بالصبي من الملتقط، ولا يتوصل إلى إثبات هذا الحق إلا بعد إثبات نسبه من أبيه وأمه، فينتصب الملتقط خصماً عن أبيه وأمه.

وكذلك لو كان اللقيط في يديه يدعي أنه عبده، وباقي المسألة بحالها، قضيت بأنه أخوها، وقضيت بعتقه؛ لأنه لا يمكنها الانتزاع من يد الملتقط إلا بعد إثبات نسبها من أبيه وأمه، وإثبات حريته، فكان لها إثبات ذلك.

قال بعض مشايخنا: وعلى قياس مسألة اللقيط إذا ادعت امرأة على رجل أنه أخوها لأبيها وأمها، وأقامت على ذلك بينة، ينبغي أن تقبل بينتها عند[1] محمد؛ لأنها تدعي عليه حق الإنكاح؛ لأن نكاحها لا يجوز إلا به عند محمد، وكان التزويج حقاً مستحقاً لها قبل الولي، فقد ادعت بنسب الأخوة حقاً، فملكت إثباته بالبينة عليه، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: المرأة تملك تزويج نفسها من غير ولي؛ فلم يكن التزويج حقاً مستحقاً لها على الولي، فلم تدع بنسب الأخوة حقاً، فلا تملك إثباتها بالبينة.

٢٠٧٣٠ - ولو أن رجلاً من العرب هلك وله ابن، فادعى رجل على ابنه أنه كان عبداً لأبيه، وأن أباه أعتقه، وأنكر ذلك الابن، فأقام البينة عليه، تسمع بينته، قال: لا، ويشبه هذا النسب، يريد بذلك دعوى الأخوة.

وكذلك لو مات هذا العبد المعتق، وترك ابناً وبنتاً، فادعى الابن العربي أن أباه أعتق أباهما، وأنهما مولياه، وأقام عليهما البينة، فإنه تقبل بينته، ففرق بين ولاء العتاقة وبين النسب.

واختلفت عبارة المشايخ في الفرق، والعبارة الصحيحة فيه ما حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي: أن الولاء أثر من آثار المال، فإنه أثر ملك اليمين؛ لأنه يثبت بالعتق، ولا صحة للعتق إلا في ملك اليمين، فكان من آثار ملك اليمين، والابن يقوم مقام الأب الميت فيما يدعى على الأب من المال، وإن كان المدعي لا يدعي على الابن مالاً، بأن

---

(١) وفي م وف: بينتهما

ادعى دينًا على الأب الميت ، والميت في يده لأن من في يده من تركة الأب الميت ، ويريد بذلك إثبات الدين على أبيه ، حتى إذا ظهر له مال يستوفيه ، ولا يحتاج إلى إثباته بالبينة ، ثانيًا بينة ؛ وإذا كان الابن يقوم مقام الأب الميت فيما يدعي على الأب الميت من آثار الملك ، وإن كان المدعي لا يدعي قبله مالاً في الحال ، إذ أثر الشيء قائم مقام ذلك الشيء ، ولهذا قلنا : إن من اشترى عبدًا ، وأعتقه ، ثم اطلع على عيب به ، كان له أن يرجع بنقصان العيب ، وإن لم يبق ملكه ؛ لأنه بقي لهذا الملك أثر ، وقام الأثر مقام الملك ، كذا ههنا. ولما كان الابن قائمًا مقام الأب في دعوى الولاء كانت هذه البينة قائمة على غائب عنه خصم حاضر فتقبل . بخلاف دعوى الأخوة ؛ لأنه ليس بمال ، ولا هو أثر من آثار الملك إنما هو من آثار ملك المتعة . والابن لا يقوم مقام الأب في ملك المتعة ، فلهذا لا يقوم مقامه فيما هو من آثاره ، وإذا لم يقم الابن مقام الأب في دعوى الأخوة ، كانت بينة الأخ قائمة على غائب ليس عنه خصم حاضر ، فلا يقبل.

ثم قال محمد : وكذلك ولاء الموالاة بمنزلة ولاء العتاقة في جميع ما وصفت لك ؛ لأنه حكم عقد تولاه الأب لاكتساب شيء ، وإنه لا ينتقض بموته ، فأشبه البيع من هذا الوجه ، والابن يقوم مقام الأب في حقوق البيع وأحكامه ، حتى يرد عليه بالعيب وبخيار الرؤية وبخيار الشرط ، فكذا يقوم مقام الأب في دعوى الولاء عليه . بخلاف الأخوة ، فإنه لم يثبت مقصودًا بعد الموت حتى يلحق بالبيع ، فيقوم الوارث في دعواه مقام المورث ، ثم المرأة إذا ادعت على رجل أنه ابنها ، وأقامت على ذلك بينة ، قبلت بينتها.

وكذلك إذا ادعى رجل على امرأة أنها أمه ، وأقام على ذلك بينة ، وإنما قبلت بينته ، وإن كانت المرأة لو أقرت بذلك ، لا يصح ؛ لأن سبب الأمومية متصور منها ، وهو الولادة ، وكان خصمًا للابن فيما ادعى ، وإن لم يدع عليه مالاً .

١٧٣٠٢ - ولو ادعت امرأة على رجل أنه ابن أخيها ، فهذا ولو ادعى الأخوة سواء ؛ لأنها تحمل النسب على غيرها ، فإنه ما لم يثبت نسبه من أبيها لا يثبت منها ، فكان كدعوى الأخوة ، فإن ادعت معه حقًا مستحقًا ، قبلت البينة ، وما لا ، فلا.

١٧٣٠٣ - قال في «الجامع» : رجل مات وترك مالاً في يدي ثلاثة أنفس ، وترك دارًا ، فأقام موالي البنت أنه عصبته ، ووارثه ومولاه الذين أعتقوه ، لا وارث له غيرهم ،

وقضى القاضي بالقسمة بينهم أثلاثاً، ثم مات واحد من الموالي، وأقام رجل بينة أنه أخوه لأبيه وأمه، لا وارث له غيره، يعني أخا الميت الثاني، وقضى القاضي له بنصيبه، ودفعه إليه غير مقسوم، فباع الأخ ذلك من رجل، وسلّمه إلى المشتري، ثم إن المشتري أودع ما اشترى من رجل، وغاب المشتري، فجاء رجل، وأقام بينة بحضرة أخي الميت الآخر أنه ابن الميت الآخر ووارثه، لا وارث له غيره، وصدّقه في ذلك الشريكان في الدار، فالقاضي يقضي بنصب الابن في حق إثبات النسب، قامت على خصم جاحد، وهو الأخ، فيقضي القاضي ببينته في حق النسب لهذا.

فإن قيل: كيف يقضي القاضي ببينته، وأن الابن لا يدعي حقاً على الأخ؛ لأن نصيب الميت ليس في يد الأخ[1]، ودعوة النسب إذا خلا عن دعوى المال لا يصح، فلا تسمع البينة عليه.

قلنا: تسمع من وجهين: أحدهما: أن دعوى الحق إنما يشترط لصحة دعوة النسب، فيما عدا الوالد، والولد نحو الأخ والعمّ، وأشباه ذلك، أمّا في حق الوالد والولد دعوى الحق ليس بشرط لصحة دعوة النسب، ألا ترى أن في حالة الحياة تصح الدعوة من الوالد والولد، وإن لم يكن مع ذلك دعوى الحق، وقد مرّ هذا، كذا هنا.

الثاني: إن سلّمنا أن دعوى الحق مع دعوة النسب شرط في الوالد والولد أيضاً، إلا أنه وجد دعوى الحق هنا من الابن، وبيان ذلك من وجوه: أحدها: أن الابن يقول لأخ الميت: ثمن الدار ملكي، وأنت بعته بغير أمري، ولي أن أجيز البيع، وآخذ منك الثمن.

والثاني: أنه ادعى الميراث مع دعوة النسب إلا أن القاضي لم يقض له بالميراث في الحال لعدم الخصم، وهذا لا يمنع القضاء بالنسب، وهذا نظير ما لو ادعى رجل عند القاضي أنه وكيل فلان بتقاضي حقوقه على الناس، وله على الناس حقوق، وأنه أراد إثباتها بحكم الوكالة، وأقام البينة على الوكالة، فإن القاضي يقضي بوكالته، وإن كان لا يقضي بالحقوق في الحال.

الثالث: أنه يدعي حقاً في الثاني بأن يحضر المشتري، ويقر أنه اشترى هذا من أخ

---

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وف وم: [illegible] دعوى.

هذا ثبت، وأنه مما[1] ورثه عن الميت إذا أقر المشتري، فههنا والابن يستحق دمك، والنسب كما يعتبر إذا أفاد حكمه في الحال، فكذا يعتبر إذا أفاد حكمه في الثاني، كبيع المعضوب والبيع بشرط الخيار.

وأقرب من هذا رجل مات وله دين مؤجل على رجل، جاء رجل، وأقام بينة على المديون أنه ابن الميت، يسمع دعوه، ويقبل بينته، وإن كان دعوته لا يفيد له شيئًا في الحال، كذا ههنا.

وإذا قضى القاضي بنسب الابن، هل يقضي للابن بالثلث الذي كان قضى به للأخ من تركة الميت الآخر؟ ينظر إن كان القاضي الذي وقع عنده دعوة الابن هو القاضي الذي قضى للأخ بنصيب الميت، قضى للابن بذلك؛ لأنه علم بخطئه في قضائه؛ لأنه قضى للأخ بالميراث مع وجود الابن، وعلم بكون المشتري غاصبًا، ويكون المودع مودع الغاصب، ولا يكون هذا منه قضاء على الغائب، وهو المشتري؛ لأنه علم أن الملك لم يثبت للمشتري[2]، حيث اشترى من غير المالك، وإن كان القاضي الذي وقع عنده خصومة الابن غير القاضي الذي قضى للأخ بنصيب الميت، لا يقضي للابن؛ لأن القاضي الثاني لا يعلم أن المشتري غاصب، وأن المودع غاصب الغاصب؛ لأنه لا يعلم أن الأخ البائع بأي سبب ملك، وأنه لا يعلم أن القاضي قضى للأخ بنصيب الميت بالأخوة، فلو قضى للابن بنصيب الميت، كان هذا قضاء على الغائب من غير خصم؛ لأن المودع لا ينتصب خصمًا فيما يستحق على المودع، وتأويل هذه المسألة أن القاضي الثاني عرف كون المودع مودعًا بالمعاينة، بأن كان إيداع المشتري منه بمعاينة القاضي الثاني، أو ببينة أقامها المودع، أما إذا لم يعرف القاضي الثاني كونه مودعًا، فالقاضي يقضي للابن بنصيب الأخ؛ لأن صاحب اليد ينتصب خصمًا بظاهر يده ما لم يثبت كونه مودعًا.

ثم إذا لم يقض القاضي للابن بنصيب الأخ، لا يدخل الابن في نصيب الشريكين المصدقين؛ لأن القضاء للأخ انصرف إلى نصيب الميت خاصة، فهم يصيرا مقرين للابن

(١) وكان في الأصل: وأنه وارثه عن الميت.

(٢) وكان في الأصل: للشراء.

بشيء مما في يديه، فإن حضر المشتري بعد ذلك، أخذ القاضي الثمن بحصة الميت من المشتري، ودفعه إلى الابن، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الكتاب. قالوا: تأويل هذا إذا أعاد الابن البينة على المشتري، أو يقر المشتري أنه اشترى هذا من أخي الميت، وأن الأخ كان ورثه من الميت، أما بدون ذلك لا يقضي القاضي بنصيب الميت؛ لأن البينة الأولى في حق المال قامت لا على خصم، فصار وجوده والعدم بمنزلة.

نوع آخر في دعوى الرجل النسب على غيره
وإحالة ذلك الغير نسبه على شخص آخر

١٧٣٠٤ - في "المنتقى": رجل ذمي ادعى على رجل أنه أبوه ليفرض له عليه النفقة، وأنكر ذلك الرجل، فأقام الذمي بينة أنه أبوه، وأقام المدعى عليه بينة على رجل آخر أنه أبو الذمي، وذلك الرجل ينكر، والذمي ينكر أيضًا، قال: أقبل بينة الذمي، ويثبت نسبه من الذي أقام عليه البينة بالنسب، ويفرض له عليه النفقة، ولا ألتفت إلى البينة الأخرى، ذكر ثمة سؤالا، فقال: كيف لم يجعله ابن الرجلين؟

ثم أجاب، فقال: لا يجوز ذلك، ألا ترى أن رجلين لو ادعيا رجلا كل واحد منهما يزعم أنه ابنه، وقد يولد مثله لمثلهما، فأقام كل واحد منهما بينة على ذلك، وادعى الابن شهادة إحدى البينتين، كانت أولى أن يثبت نسبه منه وحده؛ لأن الحق ههنا حق الابن، وهو الذي ينسب إلى الأب، وليس الأب ينسب إلى الابن، فإذا كان الأبوان استوى حالهما في الدعوة، كانت البينة التي يدعيها الابن أولى أن يؤخذ بها، وكذا استوت حالتهما في الجحود، ويدعي الولد إحدى البينتين، فهو أولى أن يؤخذ بها، ألا ترى أيضًا لو ادعى الغلام على أحدهما أنه أبوه وهو يجحده، والآخر يدعي أن الغلام ابنه، والغلام يجحده، وأقاما البينة، كان البينة بينة الغلام، فإذا كانت بينة الغلام في هذا أولى، ففي ذلك أن يكون أولى. وإن كان الأب محتاجا والغلام موسرًا، وادعى أنه ابنه يثبت نسبه منه، ويفرض له عليه النفقة، وأقام على ذلك بينة، وجحد الغلام ذلك، وأقام بينة أنه ابن فلان سوى رجلا آخر، فأحضره أو لم يحضره، وفلان يجحد، فالبينة بينة الأب، ويقضي له على الغلام بالنفقة، وتبطل بينة الغلام على الآخر، قال ثمة

ولست أقضي بنسب رجل من رجلين، إلا أن يستوي حالهما في الدعوة والبينة، وفي كل شيء، حتى لا أجد سبيلاً إلى أن أقضي لأحدهما دون الآخر، وأما إذا كان أحدهما أولى بالدعوة من الآخر، بأن يستحق بالنسب شيئًا لا يستحقه الآخر، كان أولى بالنسب.

١٧٣٠٥ - وفي «المنتقى» أيضًا: لو أن غلامين توأمين مات أحدهما وترك مالاً، والآخر زمنٌ محتاج، فجاء رجل وادعى أنه أبوهما ليأخذ الميراث، وأقام على ذلك بينة، وادعى الزمن على رجل آخر أنه أبوهما، وأراد أن يقضي القاضي عليه بالنفقة، وأقام على ذلك بينة، وجاءت البينتان معًا، فالقاضي يقضي بنسب الغلامين من الأبوين، ويفرض نفقة الزمن عليهما جميعًا؛ لأن كل واحد منهما يدّعي بالنسب حقًا على غيره، فاستوى حالهما في الدعوة.

١٧٣٠٦ - وفي «المنتقى» أيضًا: امرأة خاصمت عمّها إلى القاضي، وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة على العم وهي محتاجة، فقال العمّ: إن لها أخًا موسرًا، فهو أولى بالنفقة عليها مني، وأنكرت المرأة ذلك، فإن القاضي يبرأ العم من النفقة، ويقول لها: إن شئت فرضت لك النفقة على الأخ، قال ثمة: ولا يشبه هذا الأبوين، ثم قال: ألا ترى أني أقبل بينة العم بعد ما ثبت نسبه أن لها أخًا، ولا أقبل البينة بعد ما ثبت نسب أحد الابنين بأن الآخر أبوه.

١٧٣٠٧ - وفي بعض الفتاوى: مجهول النسب إذا ادعى على رجل أني ابنك، وصدّقه المدعى عليه، ثبت النسب منه، وإن كذّبه في دعوته، وأقام بينة أنه ابنه يثبت النسب منه، وما لا، فلا، وقد مرّت المسألة من قبل، فإن أقام المدعى عليه بينة بعد ذلك أن هذا المدعي ابن فلان آخر، يبطل بينة الابن، ولكن لا يقضي ببينته من فلان الآخر؛ لأن المدعى عليه ليس بخصم عنه في إثبات النسب منه، هكذا ذكروا، وقد ذكرنا عن المنتقى مسألة الزمن إذا ادعى على رجل أنك أبي، وأقام عليه البينة، وأقام المدعى عليه البينة أنه ابن فلان الآخر أن البينة بينة الابن، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى، فما ذكرنا في بعض الفتاوى يخالف ما ذكر في «المنتقى».

١٧٣٠٨ - إذا قال في دعوة البنوة: هذا ابني، ولم يقل: وُلد على فراشي، فهذا

دعوة صحيحة . وإذا أقام البينة تسمع بينته ، ويقضى ببنوته ، وإذا قال: هذا الولد ليس مني ، ثم قال: هو مني ، صح قوله الثاني ، وحكم بثبوت النسب منه .

١٧٣٠٩- وإذا ادعى أنه ابن عم فلان ، فلابد فيه من ذكر الجد ، وإذا ادعى أنه أخو فلان ، لايشترط فيه ذكر الجد ، هكذا حكي عن القاضي الإمام شمس الأئمة محمود الأوزجندي ، وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: في ولد الملاعنة إذا ادعاه رجل ، إنه لايثبت نسبه منه ، قال: لأنه وُلد على فراش الزوج .

١٧٣١٠- وفي "المنتقى" : إذا شهد الشهود لرجل أن زيدا أقر أن هذا المدعي أخوه أو أخته ، أو ابن أخيه أو مولاه ، فليس هذا بشيء حتى يبيّنوا ، وهذا بخلاف ما لو شهدوا أنه أقر أنه ابن خاله ، أو ابن عمه ؛ لأن الغالب في هذا النسب ، ويورث منه .

١٧٣١١- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: صبي في يدي رجل لا يعرف نسبه ، ادعى رجل آخر أنه ابنه ، قال: إن صدقه الذي الصبي في يديه ، يثبت نسبه منه ، وإن كذّبه لايثبت نسبه منه ، والمراد من المسألة الصغير الذي لا يُعبّر ، ولأنه إذا كان يُعبّر عن نفسه كان العبرة لتصديقه وتكذيبه ، لا لتصديق من في يديه وتكذيبه .

١٧٣١٢- قال محمد رحمه الله في "الأصل" : غلام احتلم ادعى على رجل وامرأة أنهما أبواه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام رجل آخر وامرأته بينة أن هذا الغلام ابنهما ، فإن البينة بينة الغلام ، ويقضى بنسب الغلام من اللذين ادعاهما الغلام ؛ لأن البينتان استوتا في إثبات النسب ، فإن كل بينة تثبت النسب بفراش النكاح ، وترجح بينة الغلام من حيث إن الغلام ببينته يثبت حق نفسه ، واللذين أنكرهما الغلام ببينتهما يثبتان حق غيرهما ، وهو الغلام ؛ لأن معظم المنفعة في النسب للولد لا للوالدين ؛ لأن الولد يعيّر إذا لم يكن له والد معروف ، وأما الوالد لا يعيّر إذا لم يكن له ولد ، وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى بالقبول ؛ لأنه أشبه بالمدعين ، ولأن النسب بمعنى النتاج ، وفي النتاج بينة ذي اليد أولى ، والغلام ذو اليد ؛ لأنه في يد نفسه ، قال: وكذلك غلام نصراني قد احتلم أقام شاهدين مسلمين على رجل وامرأته من النصارى أنه ابنهما ، وأقام رجل مسلم وامرأة مسلمة شاهدين من النصارى على هذا الغلام أنه ابنهما ، قضيت بينة الغلام ، وثبت نسبه من الذين ادعاهما الغلام ؛ لأن ما أقام الغلام من البينة حجة على

المسلمين، وما أقام المسلمان حجة على الغلام، فاستوت البينتان من هذا الوجه، وترجحت بينة الغلام من هذا الوجهين اللذين ذكرناهما، ولو كان بينة الغلام نصرانيين، ثبت نسبه من المسلمين؛ لأن ما أقام الغلام من البينة ليست حجة على المسلمين، وكان الغلام لم يقم بينة، ولو لم يقم الغلام بينة، يقضي بنسبه من المسلمين ببينتهما؛ لأنهما يثبتان حقًا لأنفسهما، وهذا لأن معظم المنفعة في النسب وإن كان للغلام، فللوالدين فيه حق أيضًا، فإنهما يستحقان عليه حقوقًا، فالبينة تقبل ببينتهما إذا لم يكن للغلام ما هو حجة في حقهما، وإذا قضي بنسب الغلام من المسلمين، يجبر الغلام على الإسلام إن كان الأبوان مسلمين في الأصل، وإن كانا كافرين في الأصل؛ إلا أنهما أسلما والغلام صغير؛ لأن الصغير يصير مسلمًا بإسلام الأبوين، فإذا بلغ كافرًا يجبر على الإسلام، لكن لا يقتل، إن أبى الإسلام، والمسألة معروفة في السير.

نوع آخر

في دعوى الرجل نسب الغلام

وإنه ينقسم أقسامًا: قسم في دعوة الخارج مع ذي اليد، وقسم في دعوة الخارجين، وقسم في دعوة صاحب اليد، أما القسم الأول في دعوة الخارج مع ذي اليد.

١٧٢١٣- قال محمد رحمه الله في "الأصل": لو أن حرًا مسلمًا في يديه غلام يدعي أنه ابنه، جاء مسلم حر، أو ذمي، أو عبد، وأقام بينة أنه ابنه، ولا بينة لصاحب اليد، قضي بنسبه من المدعي؛ لأن البينة لا تعارضها اليد، ولا قول ذي اليد، بعد هذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: ويكون الولد حرًا في ذلك كله، قال: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا كان المدعي حرًا، ويشكل فيما إذا كان المدعي عبدًا؛ لأن ماء العبد رقيق ما لم يثبت اتصاله برحم الحرة، وإذا لم يسمّوا أمه لم يثبت اتصاله برحم الحرة، ثم أجاب فقال: حرية الولد قد ثبت ظاهرًا حين ادعى صاحب اليد نسبه وهو حر، وبما أقام العبد من البينة لم يبطل تلك الحرية؛ لأنهم لم يسمّوا أمه، يجوز أن تكون أمه حرة حتى لو أقام العبد بينة أن هذا ابنه من امرأته هذه، وامرأته أمة، يبطل ما ثبت للولد من

الحرية بإقرار ذي اليد. وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله. ويكون الصبي حراً إلا في العبد خاصة، فإنه إذا ثبت نسبه من العبد يكون مملوكاً، وهو الأشبه.

١٧٣١٤ - قال: وإذا كان الصبي في يدي رجل يدعي أنه ابنه، ويقيم على ذلك بينة، ورجل آخر يقيم بينة أنه ابنه، قضى لصاحب اليد؛ لأن النسب في معنى النتاج، وفي النتاج بينة ذي اليد أولى، فكذا في النسب.

ولو أقام صاحب اليد بينة أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام رجل آخر بينة أنه ابنه من امرأته هذه، قضى للذي في يديه؛ لأنهما استويا في اليد على الأم، ولأحدهما يد على الولد، فيترجح من له يد على الولد، كما في دعوى النتاج، ثم قال: اجعله ابن الرجل والمرأة الذي هو في أيديهما، سواء ادعى الأب وجحدت المرأة، أو ادعت المرأة وجحد الأب، يريد به إذا ادعى الرجل الذي في يديه الصبي أنه ابنه من امرأته هذه، والمرأة تجحد، أو ادعت المرأة التي الصبي في يدها أنه ابنها من زوجها هذا، والزوج يجحد، وهذا بناء على أن الأب ينتصب خصماً عن ابنه في إثبات نسبه من الأم؛ لأن النسب حق الولد، والأب ينتصب خصماً عن ابنه في إثبات حقوقه، فصار إقامة البينة من الابن لو كان بالغاً، وأقام البينة على الأم أنه ابنها، ثبت نسبه منها، كذا هنا، وكذلك الأم تنتصب خصماً عن الابن في إثبات النسب من الأب؛ لأن النسب محض منفعة في حق الصغير، وفيما تمحض منفعة في حق الصغير فالأب والأم في ذلك على السواء، ألا ترى أنه كما يصح قبول الهبة من الأب على ابنه الصغير، يصح قبولها من الأم على الصغير، وإنما التفاوت بين الأم والأب في الحقوق المترددة بين الضرر والنفع، والأب ينتصب خصماً عن الصغير في ذلك، والأم لا تنتصب، وإذا انتصبت الأم خصماً عن الصغير في إثبات نسبه من الأب، صار إقامة الأم البينة على ذلك كإقامة الابن لو كان بالغاً، ولو كان الابن بالغاً، وأقام البينة أنه ابن هذا الرجل، أليس أنه يثبت نسبه منه؟ كذا هنا.

١٧٣١٥ - عبد تحته أمة، وفي أيديهما صبي، جاء رجل آخر تحته حرة، وادعى أن هذا الصبي ابنه من هذه المرأة، وأقام على ذلك بينة، وادعى العبد أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام على ذلك بينة، يقضى به للحر، ولم تعتبر اليد الثابتة للعبد ترجيحاً إذا كان

الخارج حراً، وهذا لأن اليد إنما تعتبر للترجيح إذا استوت البينتان في الإثبات. ولا استواء ههنا؛ لأن بينة الحر تثبت النسب بجميع أحكامه، وبينة العبد لا تثبت النسب بجميع أحكامه.

١٧٣١٦ - وإذا كان الصبي في يدي رجل أقام رجل بينة أنه ابنه من امرأته هذه، وهما حران، وأقام رجل آخر بينة أنه ابنه وهو حر أيضاً، إلا أنه لم ينسبه إلى أمه، فإنه يقضى بالولد للمدعي؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب من الأب والأم جميعاً، وبينة صاحب اليد لا تثبت النسب من الأب إذا لم يسم الأم، فلم استوت البينتان في الإثبات ليعطى اليد ترجيحاً.

١٧٣١٧ - صبي في يدي رجل من أهل الذمة يدعي أنه ابنه، جاء مسلم وأقام بينة من المسلمين، أو من أهل الذمة أنه ابنه، وأقام الذي في يديه بينة من أهل الذمة أنه ابنه، قضي للخارج؛ لأن ما أقام الذمي من البينة ليست بحجة في حق المسلم، فصار في حق المسلم كأن الذمي لم يقم البينة. ولو أقام الذمي البينة من المسلمين، وباقي المسألة بحالها، قضي للذمي بحكم يده عند الاستواء في الحجة.

نوع آخر يتصل بهذا القسم وهو دعوة الخارج مع ذي اليد نسب الأمة مع دعوى ملك الأمة:

١٧٣١٨ - قال محمد رحمه الله: وإذا ولدت أمة في يدي رجل أقام رجل آخر بينة أن هذه الأمة أمته، ولدت هذا الولد منه في ملكه، وعلى فراشه، وأقام ذو اليد بينة أن هذه الأمة أمته، ولدت هذا الولد منه في ملكه، وعلى فراشه، والغلام صغير لا يتكلم، أو قد احتلم، إلا أنه يدعي أنه ابن صاحب اليد، فالقاضي يقضي بالغلام لذي اليد؛ لما ذكرنا أن بينة ذي اليد في دعوى النسب مرجحة حسب ترجيحها في دعوى النتاج، ويقضي بالأمة لذي اليد، وإن كان المدعي خارجاً؛ لأنهما تصادقا على أن حق العتق للأم بسبب ثبات نسب هذا الولد منه؛ لأن حق الأم إنما يثبت تبعاً لثبوت حق الولد وكل من يثبت نسب الولد منه يثبت حق العتق للأم من جهته باتفاق الخصمين، وباتفاق البينتين، وقد ثبت نسب الولد ههنا من ذي اليد، فيثبت حق العتق للأم من جهته، وإذا

يثبت حق العتق للأم من جهة ذي اليد إذا قضيت بالجارية لذي اليد.

وإن كان الغلام يدعي أنه ابن الخارج، يقضى بالغلام للخارج، ويقضى بالأمة له أيضاً، أما القضاء بالغلام للخارج؛ لأن الغلام لما ادعى أنه ابن الخارج، صار بينة الخارج بينة الغلام، وصار كأن الغلام أقام البينة بنفسه، وهناك يقضي ببينة الغلام، كذا ههنا. وأما القضاء بالأمة له فلما ذكرنا من العلة في الفصل الأول من جانب ذي اليد.

ومما يتصل بهذا القسم دعوة الخارج مع ذي اليد نسب ولد الحرة مع دعوى نكاح الحرة:

١٧٣١٩- قال محمد رحمه الله: حرة لها ابن، وهما في يدي رجل، أقام رجل آخر البينة أنه تزوجها، وإنها ولدت منه هذا الولد على فراشه، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك، فإنه يقضى بالولد لذي اليد، سواء ادعى الغلام أنه ابن ذي اليد، أو ادعى أنه ابن الخارج، إن ادعى أنه ابن ذي اليد فظاهر، وإن ادعى أنه ابن الخارج فلأنا، قضينا بالنكاح لذي اليد؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك في بضعها من جهة واحدة ولأحدهما يد، فيقضى لذي اليد، كما في دعوى الشراء.

وإذا وجب القضاء بالنكاح لذي اليد، لم يمكن القضاء بالنكاح للخارج، وما لم يثبت النكاح في المرأة للخارج، لا يمكن إثبات نسب الولد منه.

ولو كان الذي هما في يديه من أهل الذمة، وشهوده مسلمون، والذي يدعيه مسلم، وشهوده مسلمون، والمرأة من أهل الذمة، قضيت بالمرأة والولد للذي هما في يديه؛ لأن بينة كل واحد منهما حجة على صاحبه، وفي دعوى النكاح والنسب بينة ذي اليد أولى، فيقضى بالولد والمرأة لذي اليد.

وإن كانت المرأة مسلمة في هذه الصورة يقضى بالمرأة والولد للمدعي، سواء كان شهود ذي اليد مسلمين، أو كانوا من أهل الذمة، أما إذا كانوا من أهل الذمة فظاهر؛ لأن شهود أهل الذمة ليست بحجة على المدعي، وكان ذا اليد لم يقم البينة، فيقضى للخارج ببينته، وإن كان شهود ذي اليد من أهل الإسلام، فلأن ذا اليد يدعي نكاحاً فاسداً؛ لأن

نكاح الذمي على المسلمة نكاح فاسد، وبينة ذي اليد في دعوى النكاح إنما ترجح إذا ادعى ذو اليد نكاحاً صحيحاً، وإن ادعى المدعي أنه تزوجها في وقت كذا، وأقام على ذلك بينة، وأقام ذو اليد على وقت دونه، فإنه يقضى بها للخارج؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك من جهة ثالث، وأرّخا وتاريخ أحدهما أسبق، فيقضى لأسبقهما تاريخاً، كما في دعوى النتاج.

ومما يتصل بهذا القسم دعوى ذي اليد نسب الولد مع نكاح أمه، ودعوة الخارج نسب الولد مع ملك أمه:

١٦٣٣٠ - ولو أقام ذو اليد بينة أنها امرأته، تزوّجها وولدت هذا الولد منه على فراشه، وأقام آخر بينة أنها أمته، ولدت هذا الغلام في ملكه على فراشه، فإنه يقضى بالولد للزوج، ويقضى بالأمة للمدعي، أما القضاء بالولد للزوج لأن الزوج أثبت نسب الولد بفراش النكاح، والمدعي أثبت فراش ملك اليمين، وأما القضاء بالأمة للمدعي لأن المدعي يدعي ملكها، والزوج لا يدعي ملكها، إنما يدعي النكاح فيها، ويجوز أن تكون أمة الإنسان منكوحة الغير، فلا تنافي بين الدعويين، فيقضى بالأمة للمدعي لهذا، وكان الولد مع الأمة مملوكين له؛ لأن الولد يتبع الأم في الملك، إلا أن الولد يعتق بإقرار المدعي، وتصير الجارية أم ولد له بإقراره أيضاً، قال: إلا أن يشهد شهود المدعي أن غرّته من نفسها، بأن زوجت نفسها على أنها حرة، فحينئذ يكون الولد حراً بالقيمة.

قال: أمة وولدها في يدي رجل أقام رجل بينة أنها أمة ابنه، فولدت هذا الولد على فراش ابنه في ملكه، وأبوه ميت، وأقام ذو اليد بينة أن هذه أمته، ولدت هذا الولد على فراشه في ملكه، قضيت بالولد للميت الذي ليست في يديه؛ لأنهما استويا في إثبات النسب بفراش ملك اليمين، وترجحت بينة الميت بإثبات حقيقة العتق المتجردة في الحال.

وأما القسم الثاني في دعوة الخارجين نسب الولد:

١٦٣٣١ - قال محمد رحمه الله: صبي في يدي رجل جاء رجلان، وادعى كل

واحد منهما أنه ابنه، وأقاما على ذلك بينة قضى بنصفه بينهما، وإن وقتت إحدى البينتين وقتًا قبل الأخرى، ينظر إلى سن الصبي، فإن كان موافقًا لأحدى الوقتين مخالفًا لوقت الآخر، يقضي للذي كان وقته موافقًا لسن الصبي، وإن كان مخالفًا لأحد الوقتين ويكون مشكلًا للوقت الآخر، يقضي للمشكل؛ لأنه لم يتيقن بكذبه، وتيقن بكذب الآخر، وإن كان مشكلًا للوقتين، نحو إن شهد أحد الفريقين أنه ابن تسع سنين، وشهد الفريق الآخر أنه ابن عشر سنين، وهو يصلح ابن تسع سنين، وابن عشر سنين، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يسقط اعتبار التاريخ، ويقضى بينهما باتفاق الروايات، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه يقضي بينهما في رواية أبي حفص، ولا يعتبر التاريخ، وعلى رواية أبي سليمان: يقضي لأسبقهما تاريخًا، ففي هذه الرواية اعتبر التاريخ، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ذكر في عامة الروايات: أنه يقضي بينهما، وذكر في بعض الروايات: أنه يقضي لأسبقهما تاريخًا، قال رحمه الله: والصحيح ما ذكر في عامة الروايات، واتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا عبرة للتاريخ في باب النتاج، حتى إن الرجلين إذا ادعيا نتاج دابة في يد آخر، وأقاما البينة، وأرّخا، وكان سن الدابة مشكلًا، يقضي بينهما

وعلى ما ذكر في رواية أبي حفص كما ذكره شيخ الإسلام، وعلى عامة الروايات كما ذكره شمس الأئمة لا فرق بين دعوى النتاج والنسب، والتاريخ ساقط الاعتبار عند أبي حنيفة فيهما، كما هو مذهبهما، وعلى ما ذكر في رواية أبي سليمان كما ذكره شيخ الإسلام، وعلى بعض الروايات كما ذكر شمس الأئمة، فرق أبو حنيفة رحمه الله بين النتاج وبين النسب، فاعتبر التاريخ في النسب، وأسقط التاريخ في النتاج، وهما سوّيا[1] بين النسب والنتاج، وأسقطا التاريخ فيهما، والقياس معهما؛ لأن النسب بمعنى النتاج من حيث إنه ثبت ابتداء للوالد على الولد لا من جهة أحد بسبب لا يتكرر ولا يتكرر، فيستوجب اعتبار التاريخ في النتاج يكون معتبرًا في النسب، وأبو حنيفة يقول: إنما سقط اعتبار التاريخ في النتاج؛ لأن زيادة التاريخ لا يثبت لصاحب الزيادة زيادة

(١) هكذا في خ والأصل، ولعل الصواب: سوّيا، وفي ف: سواء.

استحقاق على أحد؛ لأن التاريخ لا يستحق على أحد، فصار وجوده والعدم بمنزلة. أما زيادة التاريخ في باب النسب يثبت لصاحب الزيادة زيادة استحقاق؛ لأن النسب يوجب حقوقًا فيما بين الوالد وولده، فأسبقهما تاريخًا بزيادة التاريخ يثبت زيادة استحقاق، فكان بينه أولى. ألا ترى أن في دعوى الشراء من ذلك اعتبرنا سبق التاريخ، وطريقه ما قلنا.

١٧٣٢٢- صبي في يدي رجل يدّعي نسبه خارجان: أحدهما مسلم، والآخر ذمي، وأقام كل واحد منهما بينة من المسلمين أنه ابنه، قضي بالنسب من المسلم، وترجيح المسلم على الذمي بحكم الإسلام، وفي هذه المسألة تعذر الترجيح بحكم اليد؛ لأنهما خارجان، فرجحنا بحكم الإسلام، وفيما إذا كان الصبي في يد ذمي يدّعي أنه ابنه، ويقيم عليه بينة من المسلمين أو من أهل الذمة، يقضى للذمي؛ لأن هناك الترجيح بحكم اليد ممكن، فرجحنا اليد عند الاستواء في الحجة.

١٧٣٢٣- صبي في يدي رجل ادّعاه ذمي أنه ابنه، ولد على فراشه، وأقام على ذلك شاهدين مسلمين، وادعى عبد مسلم أنه ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة، قضى للذمي، ولم يترجح العبد بحكم إسلامه. وإن كانا خارجين كما فيما تقدم؛ لأن الترجيح بحكم الإسلام، إنما يكون بعد استواء البينتين في الإثبات، وبينة الذمي أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه.

١٧٣٢٤- ولو ادعى يهودي ونصراني ومجوسي كل واحد يدّعي أنه ابنه ولد على فراشه، يقضى لليهودي والنصراني بينهما، ولا يقضى للمجوسي؛ لأن بينة المجوسي لا تعارض بينتهما؛ لأن بينتهما تثبت بعض أحكام الإسلام، وهو حل المناكحة وحل الذبيحة، واليهودي والنصراني سواء لاستوائهما في الإثبات.

١٧٣٢٥- صبي في يدي رجل ادعاه حر مسلم، أنه ابنه من هذه المرأة، وادعاه عبد أو مكاتب أنه ابنه من هذه المرأة، قضى للحر؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه، ولو ادعاه عبد أنه ابنه ولد من هذه الأمة، وادعاه مكاتب أنه ابنه ولد من هذه المكاتبة، قضى للمكاتب؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأنها توجب حرية الولد.

هذا إذا كان مدعي النسب اثنين، ولو كان مدعي النسب ثلاثة، أو أكثر، فعلى

قول أبي حنيفة: يثبت النسب من الكل، وعلى قول أبي يوسف: إذا كانوا أكثر من اثنين لا يثبت النسب، وعلى قول محمد: يثبت النسب من ثلاثة، ولا يثبت من أكثر من ثلاثة.

وإذا كان المدعي امرأتين أو ثلاثة، فعلى قول أبي حنيفة: يثبت النسب من كل واحدة منهما، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يثبت النسب من واحدة منهما، وقد مرّت المسألة في كتاب اللقيط.

القسم الثالث

وهو دعوة صاحب اليد الولد:

١٧٣٢٦- صبي في يدي رجل وامرأته، قال الرجل: هذا ابني من امرأة أخرى، وقالت المرأة: هذا ابني من زوج آخر كان لي قبلك، فهو ابنهما، ولا يصدّق كل واحد منهما فيما يدعي من الإخراج من يد صاحبه، وهذا لأن كل واحد منهما أقر بثبوت نسب الولد، وادعى ما يخرجه من يد صاحبه، ويدهما ثابتة في الولد على السواء، فصح إقرارهما بثبوت نسب الولد، ولم يصح دعواهما الإخراج من يد صاحبه.

وإن كان الولد في يد الزوج، فقال: هذا ابني من امرأة أخرى، وقالت المرأة: هذا ابني منك، فالقول قول الزوج، وإن كان الولد في يد المرأة، فقالت المرأة: هذا ابني من زوج كان لي قبلك، وقال الزوج: هذا ابني منك ولدته في ملكي، فالقول قول الزوج أيضًا، وكان ينبغي أن القول قولها(١) في هذه الصورة؛ لأن الولد في يدها، ألا ترى أن جعلنا القول قول الزوج في المسألة الأولى؛ لأن الولد في يده، واختلف عبارة المشايخ في الفرق بين المسألتين، فعبارة بعضهم: أن الولد إن كان في يدها حقيقة، فهو في يد الزوج حكمًا، فلا يصدّق المرأة في دعواها، كما لو كان في يد الزوج حقيقة، أما ما في يد الزوج لا يعتبر في يد المرأة حكمًا؛ لأن المرأة ليست بقوامة عليها بحكم النكاح، فكان الولد في يد الزوج حقيقة وحكمًا، وكذلك إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، لا يجعل القول قول الزوج فيما في يد المرأة، ولا يجعل ما في يد المرأة في يد الزوج حكمًا

(١) هكذا في الأصل، وكان في ط وف وم: قولهما

مع هذا لا يقبل قول المرأة في الولد، وإن كان في يدها؛ لأن المرأة بما تقول: تريد قطع النسب من هذا الزوج مقصودًا؛ لأن الأنساب للآباء، وهذا الولد ثبت النسب من هذا الزوج ظاهرًا، لقيام الفراش بينهما، فهو معنى قولنا: إنها تريد قطع النسب من الزوج مقصودًا، ومجرد اليد لا يصلح لذلك، ألا ترى أن اليد مع الملك لا تصلح لذلك، حتى لو كان لها عبد وهو معروف النسب من غيره إذا قالت: هذا ولد فلان الآخر، لا يصدق على ذلك، فأما إذا كان الولد في يد الزوج، فالزوج بقوله: هذا ابني من امرأة أخرى لا يقطع نسبًا ثبت منها مقصودًا؛ لأن الأنساب للآباء لا للأمهات، وليس يخرجه من يدها؛ لأنه لا يد لها، فكان مصدقًا فيما ادعى.

وأما إذا كان في أيديهما فالزوج إن لا يصدق وإن كان لا يقطع نسبًا مقصودًا من جانبها؛ لأنه يريد إخراج الولد من يدها، ويدها على الولد ثابت ظاهرًا، فلا يصدق في دعوى الإخراج، وبعضهم قالوا: قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشًا له على غيرها إما بنكاح أو ملك يمين، فإذا كان الولد في يد الزوج كان بيان نسبه إليه أنه بأي فراش حصل له، وأما ثبوت الفراش له عليها ينفي فراشًا آخر عليها لغيره، فكان هذا الفراش في حقها متعينًا، وباعتباره يثبت النسب من الزوج.

١٧٣٢٧ وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد: امرأة قالت لزوجها: هذا ولدي منك وهو في يدها، وشهدت امرأة على ولادتها، وكذب الزوج، لزم الزوج، إذا لزمها لزمه، ولو كان الزوج يدعي ذلك وكذبته المرأة، فأقام الزوج امرأة على الولادة لا يصدق الزوج، وإنما يعتبر قول المرأة الشاهدة إذا ادعت.

١٧٣٢٨ وفيه أيضًا: ابن سماعة عن محمد: صبي في يدي رجل وامرأة، قالت المرأة: هذا ابني من هذا الرجل، وقال الرجل: هذا ابني من امرأة أخرى غيرها، فإنه يكون ابن الرجل، ولا يكون ابن المرأة، فإن جاءت المرأة بامرأة، وشهدت على ولادتها إياه، كان ابنهما منه، وكذب زوجته بهذه الشهادة؛ لأني جعلته ابنها، وإن كان الولد في يد الرجل دون المرأة والمرأة امرأته، فادعى الرجل أنه ولده من غيرها، وادعت المرأة أنه ابنها منه، وأقامت المرأة امرأة تشهد لها على الولادة لا يكون ابنها منه، ويكون ابنه من قبل أنه في يده.

نوع آخر

في دعوة المرأة نسب الولد:

١٧٣٢٩- صبي في يدي رجل جاءت امرأة، وادعت أنه ابنها، وأقامت على ذلك شاهدين قضي لها بالولد، وإن لم تقم إلا امرأة، فإن كان صاحب اليد يدعيه لنفسه، لا يقضى للمرأة المدعية. قيل: هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما على قولهما: يقضى للمرأة المدعية بناءً على أن شهادة القابلة على الولادة إذا لم يتأيد بتأييد، ويتضمن إبطال حق مستحق على الغير ليست بحجة عند أبي حنيفة رحمه الله، وهنا تضمنت إبطال اليد على ذي اليد، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، بقي مجرد الدعوى من جانبها، ومن جانب صاحب اليد كذلك، فيقضى لصاحب اليد، وعندهما شهادة القابلة حجة بمنزلة شهادة الرجلين، فيقضى بالولد للمدعية، وإن كان ذو اليد لا يدعي لنفسه، يقضى بالولد للمرأة المدعية؛ لأن ذا اليد إذا كان لا يدعيه لنفسه، فهو لقيط، فليس له على اللقيط يد مستحقة، ألا ترى أن للقاضي أن ينزعه من يده، وإذا كان للقاضي ولاية إبطال يده من غير شهادة القابلة، فمع شهادة القابلة أولى.

١٧٣٣٠- صبي في يدي امرأة، ادعت امرأة أخرى أنه ابنها، وأقامت على ذلك امرأة، وأقامت المرأة التي في يديها امرأة أنه ابنها، يقضى للتي في يديها، أما على قول أبي حنيفة: فلأن شهادة المرأة الواحدة للخارجة عند دعوى ذي اليد، ومجرد دعوة الخارجة سواء، وأما عندهما: فلأنهما استويا في الدعوة والحجة، وترجح ذو اليد بحكم يده، ولو شهد لكل واحدة منهما رجلان، قضي لذي اليد.

ولو شهد لصاحبة اليد امرأة واحدة، وشهد للخارجة رجلان، قضي للخارجة، أما عند أبي حنيفة: فلأن شهادة امرأة واحدة على الولادة حالة المنازعة ومجرد الدعوى سواء، وأما عندهما: فلأنه لا تعارض بين الحجتين؛ لأن شهادة امرأة واحدة حجة على الولادة لا غير، وشهادة الرجلين حجة في الولادة وغيرها من الأحكام.

١٧٣٣١- صبي في يدي رجل لا يدعيه أقامت امرأة بينة أنه ابنها ولدته، ولم تسم أباه، وأقام رجل بينة أنه ابنه ولد على فراشه، ولم يسم أمه، فإنه يجعل ابن هذا الرجل من

هذه المرأة، ولا يعتبر الترجيح باليد كما لو كان المدعي رجلان، والصبي في يد أحدهما. فإنه يقضي لصاحب اليد؛ لأن الترجيح بحكم اليد إنما يكون عند تعذر العمل بالبينتين، وقد أمكن العمل بالبينتين؛ لأنهما قامتا لإثبات نسب هذا الولد من هذا الرجل وهذه المرأة، والنسب هكذا يثبت من الرجل والمرأة، بخلاف ما إذا كان المدعي رجلين؛ لأن هناك تعذر العمل بالبينتين؛ لأن النسب لا يثبت من رجلين، فرجحنا بينة أحدهما بحكم اليد -والله أعلم-.

نوع آخر

في دعوة نسب ولد أمة الغير بحكم النكاح:

١٧٣٣٢- أمة في يدي رجل لها ابن ولد، جاء رجل، وقال: الأمة التي هي في يديه، وإنه زوجها مني، وقد ولدت على فراشي هذا الولد الذي في يدي، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أن الأمة لهذا المدعي، وأنه زوجها مني، وولدت على فراشي هذا الولد الذي في يدي، فإنه يقضي لكل واحد منهما بالولد الذي في يديه؛ لأن كل واحد منهما يدعي الولد الذي في يديه، ولا ينازعه في ذلك أحد، ويحكم بحرية كل واحد من الولدين؛ لأن كل واحد من المدعيين يقول: الولد الذي في يد صاحبي من صاحبي، وصاحبي أقر بحريته لما ادعى به، وقد صحّ إقراره بذلك، فقد تصادقا على حرية كل واحد من الولدين، فيحكم بحريتهما من هذا الوجه، وتصير الجارية أم ولد موقوفة في يد الذي هي في يديه، لا يطؤها واحد منهما لتصيرورتها أم ولد لتصادقهما على ذلك؛ لأن كل واحد منهما يقول هي مملوكة لصاحبي، وصاحبي قد أقر بكونها أم ولد، فتصير أم ولد بالحال، وتكون موقوفة؛ لأن كل واحد منهما يقر لصاحبه، وصاحبه يبرأ من ذلك، وأيهما مات، عتقت؛ لأنهما تصادقا على حريتها بعد موت أيهما مات.

وإذا كانت الأمة في يدي رجل، وفي يديه ولدها، فادعى آخر أنه تزوجها بغير إذن مولاها، فولدت له على فراشه هذا الولد الذي في يد مولاها، وأقام البينة على ذلك، وأقام الذي في يديه الأمة بينة أن هذا الولد ابنه ولد على فراشه من أمته هذه، فإنه

يقضى بالولد للزوج ، وإن كان الزوج خارجاً ، ودعوى النسب بمنزلة دعوى النتاج . إذا كان بينة صاحب اليد أولى ؛ لأن البينتين استويا في الإثبات ، وإن كل واحدة أثبتت أولية الملك لا من جهة أحد ، وترجحت بينة ذي اليد بحكم اليد ، وههنا ما استوت البينتان في الإثبات ؛ لأن بينة الزوج تثبت النسب بفراش النكاح ، وبينة صاحب اليد تثبت النسب بالفراش بملك اليمين ، والنسب الثابت بالنكاح آكد حتى لا ينتفي بمجرد النفي ، وكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً ، فكانت أولى .

فإن قيل : يجب أن لا يثبت الفراش الموجب لثبوت النسب بهذا النكاح ؛ لأنه عقد بغير إذن المالك ، والمستولد عالم به ، فهو بمنزلة ما لو اشترى أمة من الغاصب ، وهو عالم بذلك واستولدها ، فإنه لا يثبت نسب الولد من المشتري ، وطريقه ما قلنا .

قلنا : هذا النكاح صدر من المالك من وجه ، وهي الجارية ؛ لأن الجارية في حق النكاح مبقاة على الحرية حتى كان لها الفسخ كما للحرية ، واعتبرت الأمة بالعبد ، فإن العبد في حق النكاح مبقى على الحرية حتى ملك النكاح بإذن المولى ، ولو ثبت الرق في حق النكاح ؛ لما ملكه بإذن المولى كما ملك المال ، فعلم أن النكاح صدر من المالك من وجه ، إلا أنه فسد لفوات شرطه ، وهو بمنزلة أحد المولين إذا زوج الأمة بغير إذن الآخر ، وبمنزلة العبد إذا تزوج بغير إذن المولى ، وهناك ينعقد النكاح بوصف الفساد ، كذا ههنا ، بخلاف المشتري من الغاصب ؛ لأن ذلك التصرف صادر من غير المالك من كل وجه ، فيكون وجوده وعدمه بمنزلة ، ثم قال : ويعتق الابن بإقرار المولى بعتقه حيث ادعى نسبه ، وتكون الجارية بمنزلة أم الولد تعتق بموته ؛ لأن المولى كما أقر للولد أقر للجارية .

نوع آخر في دعوة غلام أنه ابن فلان ولد على فراشه من أمته هذه ودعوة فلان كون الغلام عبداً له ولدته أمته هذه وزوجها من عبده فلان:

١٧٣٣٣ - قال محمد رحمه الله : ولو أن غلاماً محتلماً أقام بينة أنه ابن فلان ولد على فراشه من أمته هذه ، وقال فلان : إنه عبدي ولدته أمتي هذه زوجتها من عبدي فلان ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون العبد حياً ، ويدعي ذلك ، وفي هذا الوجه يثبت نسب الغلام من العبد ، وهذا مشكل ؛ لأن الغلام في يد نفسه ، واليد معتبرة

ترجيحٌ في دعوة النسب، ولا يثبت[1] حرية نفسه من الأصل، وحق العتق للأم، وبينة العبد تثبت رقهما.

والجواب: أن الترجيح باليد وبإثبات الحرية إنما يقع إذا استوت البينتان في الإثبات فيما وقع فيه الدعوى، وأما إذا كانت إحدى البينتين أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوى، يعتبر الترجيح بكثرة الإثبات، كما في دعوى الملك المطلق لم يعتبر الترجيح باليد، لما كانت بينة الخارج أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوى؛ لأن العبد ببينته يثبت نسب الغلام بفراش النكاح، والغلام يثبت نسبه من المولى بفراش ملك اليمين، والنسب الثابت بفراش النكاح آكد حتى لا ينتفي نسب فراش النكاح بمجرد النفي، فكانت بينة العبد أكثر إثباتًا فيما وقع فيه الدعوى، فكانت أولى بالقبول، وإذا قبلت بينة العبد، كان الغلام وأمه رقيقين للمولى.

الوجه الثاني: إذا كان العبد ميتًا، أو كان حيًا إلا أنه لا يدعي نسب الغلام، ولا يدعي النكاح ومولى الأمة أيضًا ميت، وإنما يدعيه ورثة الميت، ويقيمون البينة على ذلك، ففي هذا الوجه يقضى بنسب الغلام من مولى الغلام، ويرث مع سائر ورثته؛ لأن بينة الورثة قامت على إثبات النكاح للعبد، وهم أجانب عن نكاح العبد، والبينة إنما تقبل من صاحب الحق، لا من أجنبي، وكأن الورثة لم يقيموا البينة على ما ادعوا، أو نقول: الورثة بهذه البينة لا يثبتون لأنفسهم شيئًا لا النكاح ولا النسب، وإنما غرضهم من هذه البينة نفي نسب الغلام من المولى، والبينة على النفي لا تقبل، وإذا لم تقبل بينة الورثة بقيت بينة الغلام خالية عن المعارض.

ولو كان العبد والمولى حيين، فأقام العبد بينة أن هذا الغلام ابنه من هذه الأمة، وأقام المولى بينة أنه ابنه من هذه الأمة، فهو ابن العبد؛ لأن العبد ببينته يثبت النسب بفراش النكاح، والمولى يثبت النسب بفراش ملك اليمين، فكانت بينة العبد أكثر إثباتًا، وكذلك إن أقام الغلام بينة أنه ابن هذا العبد من هذه الأمة، وأقام المولى بينة أنه ابنه من هذه الأمة، فهو ابن العبد؛ لما ذكرنا.

١٧٣٣٤ - ولو أن رجلا مات، وترك أموالا كثيرة، فجاء غلام قد احتلم، ومعه

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعله: يثبت

يولد للميت، وأقام بينة أنه ابن الميت من أمته فلانة، وولدته في ملكه، وأن الميت أقر بذلك، وأقام رجل آخر بينة أن هذا العبد عبده، وأن الأمة أمته زوجها عبده فلان، فولدت منه هذا الولد، فإن كان العبد حياً، ويدعي ذلك، فهو ابن العبد؛ لما ذكرنا في المسألة المتقدمة أن بينة العبد أكثر إثباتاً فيما وقع فيه الدعوة، ويقضي بالأمة للمدعي؛ لأن البينتين في حق الأمة قامت على الملك المطلق، والمدعي خارج، فيقضي ببينة المدعي في الأمة، وإن كان العبد ميتاً، أو كان حياً إلا أنه أنكر النكاح، فإن نسب الغلام يثبت من الميت الذي أقام الغلام البينة أنه ابنه، ويرث منه؛ لأن بينة المدعي على إثبات نكاح الغلام غير مسموعة؛ لأنها تثبت نكاح الغير، والبينة على إثبات نكاح الغير لا تقبل من غير دعوى صاحب النكاح، وإذا لم تقبل بينة المدعي جعل كأن المدعي لم يقم البينة، وتفرد الغلام بإقامة البينة، وهناك يقضي ببينة الغلام، كذا ههنا، ويقضي بالأمة للميت، وتصير أم ولد له، ويحكم بعتقها بموته، وكان ينبغي أن يقضي بالأمة للمدعي؛ لأن الدعوى في الأمة دعوى مطلق الملك مقصوداً، وبينة الغلام يثبت الملك المسبب في الجارية مع العتق، وذو اليد إذا ادعى مطلق الملك مع العتق كان بينته أولى من بينة الخارج إذا كان الخارج يدعي مطلق الملك مقصوداً.

نوع آخر

في دعوى الولد من الزنا:

١٧٣٣٥ - وإذا ولدت أمة الرجل ولداً، فادعاه رجل أنه ابنه من الزنا، ثم ملكه يوماً من الدهر، فإنه يعتق عليه من غير أن يثبت نسبه، وإن ملك أمه، القياس أن تصير أم ولد له، وفي الاستحسان: لا تصير أم ولد له، وجه القياس في ذلك: أن حق الأم في هذا الباب تبع لحق الولد، وحق الولد في شيئين في النسب وحقيقة العتق، وحق الولد يثبت في حقيقة العتق إذا ملكه المستولد، وإن كان من زنا، فوجب أن يثبت حق الأم في حق العتق؛ لأن ثبوت أحد الحقين للولد كاف[1] لثبوت حق الأم، ألا ترى أن لو ثبت نسب الولد صارت الجارية أم ولد له، وإن لم يثبت حقيقة الحرية للولد بأن استولد جارية

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل وظ: "كان".

الغير بالنكاح، ثم تملكها، فإن الجارية لا تصير به أم ولد له؛ لأنه يثبت أحد الحقين ثابتًا، وهو النسب، كذا هنا، وجه الاستحسان: أن ثبوت أحد الحقين للولد كاف لثبوت الحق للأم إذا ثبت الحق للولد من وقت العلوق، إنما ثبات النسب إن علوقها بالنكاح، أو علوقه حر الأصل إن استولدها بملك اليمين، وهذا لأن الجارية إنما تصير أم ولد عند العلوق، فشرط ثبوت حقها ثبوت الحق للولد عند العلوق، ولم يثبت ههنا للولد وقت العلوق، لا حق ثبات النسب ولا الحرية، وإنما عتق الولد بسبب طارئ بعد العلوق، وهو الملك، وهذا لا يوجب ثبوت الحق للأم، كما لو أعتق الأمة الولد.

وكذلك إذا قال المدعي: هذا ابني من فجور، أو قال: حصلت منها، أو ولدت هذا، أو قال: هذا ابني من عرس بنفسه؛ لأن هذه العبارات تنبئ عن الزنا، وكذلك إن قال: هذا ولدي من الزنا، وكذلك إذا كان هذا الولد لأخ المدعي، أو لخاله، أو لرجل ذي رحم محرم من المدعي، لا يثبت نسبه من المدعي، فإذا قال: هو من زنا؛ لأنه وطئ جارية هؤلاء زنا محض، وليس له فيها ملك، ولا تأويل ملك، ومثل هذا لا يثبت النسب، ولا يعتق هذا الولد على هؤلاء؛ لأن بعد الملك إنما يثبت العتق إذا كان المملوك ذا رحم محرم من المالك، أو كان بعضًا من المالك، وهذا بخلاف ما إذا كان الولد لابن المدعي، فإنه يثبت نسب الولد منه، وإن قال: هو من زنا؛ لأنه لا يكون زانيًا بجارية ابنه؛ لأن له فيها تأويل ملك، بخلاف من سواه على ما ذكرنا.

١١٤٣٦ – وإذا أقر رجل أنه زنى بهذه المرأة الحرة، وأن هذا الولد ولد منها من الزنا، وصدقته المرأة في ذلك، لا يثبت نسب الولد من الرجل على كل حال، وهل يثبت نسبه من المرأة؟ إن شهدت القابلة على أنه هذا الولد، ثبت النسب منها، وما لا فلا، فإذا أقر الرجل بالزنا مع حرة أو أمة، وأن هذا الولد منها من الزنا، فادعت المرأة نكاحها على الرجل وأنه منها، لا يثبت النسب من الرجل، وإن ملكه؛ لأن النكاح لم يثبت ثبوتها؛ لما أنكر الزوج النكاح، بقي الفصل على ما في حق الزوج كما أقر، وكذا لا يثبت النسب، وإن ملك الصبي، إلا أن يعتق عليه إذا ملكه؛ لأنه جزؤه، وإن لم يكن منسوبًا إليه شرعًا، ولهذا لا يثبت للإنسان الرق على بعضه لم يثبت له الرق على جزئه، ولا حد عليه، فقد عرف في كتاب الحدود أن الحد يسقط بدعوى أحد الزانيين النكاح، فعليه

١٧٣٣٩- وإذا كان للرجل امرأة ولدت على فراشه ولداً، فقال الزوج: زنيت بها، وولدت هذا منه، وصدقته المرأة في ذلك، فإن نسب الولد يثبت منه؛ لأنه ولد النكاح، وولد النكاح ثابت النسب من صاحبه، لا ينتفي نسبه إلا باللعان، ولا لعان بينهما لإقرارها على نفسها بالزنا.

١٧٣٤٠- وإذا قال لصبي في يدي امرأة: هذا ابني من الزنا، وقالت المرأة: لا، بل من النكاح، فقال الزوج بعد ذلك: هو من النكاح، يثبت النسب من الرجل؛ لأن إنكاره السابق لا ينافي إقراره اللاحق كما في باب المال إذا قال: لا حق لفلان قبلي، ثم قال: له علي ألف درهم، وكذلك إذا قال الرجل: هو ابني من نكاح، وقالت المرأة: هو ابني من منك من زنا، ثم قالت بعد ذلك: هو ابني منك من نكاح، فإنه يثبت النسب منهما، والمعنى ما ذكرنا.

١٧٣٤١- رجل تزوج امرأة لا تحل له، فأغلق الباب، وأرخى الستر، لم تكن له عليه مهراً، والمسألة معروفة في كتاب النكاح، فإن جاءت بولد لستة أشهر منذ خلا بها، فإن نسبه يثبت منه، وهذا لأن ولادة الولد لستة أشهر منذ خلا بها دليل ظاهر على دخوله بها في حالة الخلوة، وإن كان ممنوعاً عن وطئها شرعاً، والعمل بالظاهر واجب حتى يقوم الدليل على خلافه، ومن ضرورة الوصول بها ثبوت النسب؛ لأن النكاح الفاسد بعد الدخول ملحق بالنكاح الصحيح في حق ثبات النسب، ويجب المهر؛ لأنا قد حكمنا بالدخول، والدخول في النكاح الفاسد يوجب المهر، وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة رحمه الله، وأما على قول أبي يوسف ومحمد هذا النكاح غير منعقد أصلاً[1]، لا جائزاً ولا فاسداً؛ لأنه أضيف إلى غير محله، ولهذا يوجب الحد على قولهما، وإذا لم ينعقد هذا النكاح عندهما صار وجوده والعدم بمنزلة، وكان فعله زناً محضاً، فلا يثبت النسب، ولا يجب المهر والعدة.

---

(١) وفي ظ: أيضاً.

نوع آخر

في المرأة إذا تزوجت وزوجها حي وجاءت بالأولاد

١٧٣٤٢ - قال : وإذا نعي إلى المرأة زوجها ، واعتدت عدة الوفاة ، وتزوجت بزوج آخر ، وولدت من هذا الزوج الآخر ، ثم جاء الأول حيًا ، أجمعوا على أن المرأة ترد على الأول ، واختلفوا في الأولاد ، قال أبو حنيفة : الأولاد للزوج الأول على كل حال ، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا جاءت به بالولد لأكثر من سنتين منذ دخل بها الزوج الثاني ، فالولد للزوج الثاني ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني ، فالأولاد للزوج الأول ، وإن جاءت به لستة أشهر منذ دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين ، قال أبو يوسف : هو للثاني ، وقال محمد : هو للأول ، وروى أبو عصمة سعد بن معاذ عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني رحمه الله عن أبي حنيفة : أنه رجع عن هذا القول ، وقال : الأولاد للثاني ، فوجه قولهما أن الثاني يساوي الأول في السبب الموجب لثبات النسب ، وهو الفراش ، وترجح على الأول بحكم الوطء وما يقوم مقامه ، وهو الخلوة الصحيحة .

بيانه : أن الأول كان له فراش فلا وطء منه لا حقيقة وهذا ظاهر ولا حكمًا ؛ لأنه غير متمكن من وطئها حقيقة بسبب الغيبة ، وإنما يجعل الإنسان واطئًا حكمًا إذا كان ممكنًا منه حقيقة ، فهو معنى قولنا : إن الثاني ترجح على الأول بالوطء حقيقة ، أو ما يقوم مقامه ، فوجب أن يثبت النسب من الثاني دون الأول ، وإن كان فراش الثاني فاسدًا ، وفراش الأول صحيحًا قياسًا على امرأة الصبي إذا زوجت نفسها من رجل ، وجاءت بالولد ، فإن هناك الولد يكون للثاني ، وفراشه ثبت بنكاح فاسد ، ونكاح الصبي صحيح ما كان الطريق فيه سوى أن الثاني ترجح على الصبي بالوطء ، وهذا بخلاف ما لو كان الزوج الأول حاضرًا ؛ لأن الحاضر متمكن من وطء المرأة كالثاني ، فاستويا في التمكن من الوطء ، وترجح الأول بحكم الصحة إلا أن أبا يوسف يقول : إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثاني ، فهو للأول ، وإذا جاءت به بستة أشهر إلى سنتين فهو للثاني ؛ لأن بالدخول يثبت فراش الثاني ؛ لأن النكاح الفاسد ملتحق بالصحيح في حق حكم النسب ، فينقطع الأول بالثاني في حق حكم النسب ، وتكون

العـدة منتفي، ألا ترى أن دخول يحرم على الأول، ويلزمها العدة من الثاني، وهذا دليل على أن الفراش الأول قد زال، وإنما كان التقدير فيه بأدنى مدة الحبل اعتبارًا للفاسد بالصحيح.

ومحمد رحمه الله يقول: فراش الأول وإن زال، فالملك لم يزل، ولو زال الفراش والملك بالطلاق أو بالموت، وبقيت العدة إذا جاءت بولد ما بينها وبين سنتين فالولد للأول، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فالولد للثاني، فكذا إذا زال الفراش وبقي الملك من طريق الأولى؛ لأن الملك فوق العدة. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الأول ساوى الثاني في السبب الموجب، وهو الفراش لثبات النسب، وفي الوطء ترجح الأول بالصحة، فيكون الأولاد للأول على كل حال قياسًا على ما لو كان الأول حاضرًا. أما استواءهما في الفراش فظاهر، وأما استواءهما في الوطء؛ لأنه إن وُجد من الثاني حقيقة الوطء، أو ما أقيم مقامه، وُجد من الأول الوطء حكمًا؛ لأن النكاح الأول صحيح، والنكاح الصحيح في حق من هو من أهل الله أقيم مقام الوطء حتى يثبت النسب من صاحب النكاح، وإن لم يكن وطؤها حقيقة، فإذا استويا في الفراش وفي الوطء يجب أن يترجح الأول بحكم الصحة كما لو كان الأول حاضرًا، وهذا لأنه لا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه ما، بل الفاسد مدفوع بالصحيح لا محالة.

قال: وإن نفاه الآخر وادعاه الأول، أو ادعياه جميعًا، أو نفاه الأول وادعاه الثاني، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: هو ابن الأول؛ لأنه وُلد في نكاحه، فلا ينتفي نسبه من صاحب النكاح إلا باللعان، ولا لعان بين الأول والمرأة؛ لأنها وطئت في نكاحه بنكاح فاسد، والوطء في النكاح الفاسد يزيل الإحصان، فلا يجب بقذفها بعد ذلك حد ولا لعان. وعلى قولهما: هو ولد الثاني وإن نفاه؛ لأنه ولد في نكاحه نكاحًا فاسدًا، وفي النكاح الفاسد لا ينقطع نسبه باللعان، وكذلك لو كان سبيت المرأة، فتزوجها رجل من أهل الحرب، وولدت أولادًا، فهو على الخلاف الذي مرّ، وكذلك لو ادعت الطلاق فاعتدت وتزوجت، والزوج الأول جاحد لذلك، فهو على الخلاف. ذكر هذين الفصلين شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرحه.

فهرس المحتويات

الفصل الخامس

الفصل السادس

الفصل السابع

الفصل الثامن

الفصل التاسع

الفصل العاشر

الفصل الحادي عشر

الفصل الثاني عشر

***